

Sygn. akt X Ga 205/12

KRAJOWA izba odwoławcza

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

1H 07. 2012
WPŁYNEŁO

Dnia 25 maja 2012 roku

Sąd Okręgowy w Łodzi X Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodnicząca - Sędzia SO Ewa Kulesza

Sędziowie: SO Krystyna Szereda (ref.), SO Marzena Eichstaedt

Protokolant st. sekr. sąd. Małgorzata Kowalska

po rozpoznaniu w dniu 25 maja 2012 roku w Łodzi

na rozprawie

skargi Firmy MORIS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach

z udziałem zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna
Spółki Akcyjnej w Bełchatowie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 13 marca 2012 r., w sprawie o sygn. akt KIO 414/12

oddala skargę.

Sygn. akt X Ga 205/12

UZASADNIENIE

Wyrokiem z 13 marca 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła
odwołanie Firmy Moris spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w

Tychach [dalej: „spółka FM”] m.in. w sprawie o sygn. akt KIO 414/12 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającą PGE Górnictwo i Energetykę Konwencjonalną spółkę akcyjną z siedzibą w Bełchatowie, a nadto orzekła o kosztach postępowania obciążając nimi spółkę FM.

Powyższe rozstrzygnięcie KIO oparła na następujących ustaleniach faktycznych, które Sąd Okręgowy podziela i przyjmuje za własne. Zamawiająca prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym, pismem z 22 lutego 2012 r., powiadomiła wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej; jednocześnie powiadomiła, o wykluczeniu - na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP - spółki FM z powodu braku dokumentu KRK podmiotu zbiorowego aktualnego na dzień składania ofert - złożona informacja z KRK w zakresie z art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP potwierdza, że wykonawca nie figurował w kartotece na dzień 24 stycznia 2012 r., a więc po terminie składania ofert. Spółka FM wniosła odwołanie wobec czynności polegającej na wykluczeniu jej, odrzuceniu jej oferty i niezaproszeniu do aukcji elektronicznej.

Rozpoznając powyższe odwołanie KIO ustaliła i zważyła, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - zgodnie z pkt. III.2.1 ppkt. 2.1 .f ogłoszenia o zamówieniu oraz z pkt 6.2.6. SIWZ - wykonawcy byli zobowiązani załączyć do oferty aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP; zamawiająca ustaliła termin składania ofert na 9 stycznia 2012 r. Spółka FM do złożonej oferty nie załączyła stosownej informacji z KRK, w związku z czym zamawiająca wezwała ją — w trybie art. 26 ust. 3 PZP - do uzupełnienia tego dokumentu; w wezwaniu jednoznacznie wskazano, że zamawiająca wymaga złożeniu aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a złożony dokument powinien stwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. W odpowiedzi spółka FM złożyła informację stwierdzającą stan na 24 stycznia 2012 r.

Dalej KIO wskazała, że zamawiająca nie naruszyła art. 24 ut. 2 pkt 4 PZP. Żądanie złożenia aktualnej informacji z KRK było zgodne z art. 25 oraz 26 ust. 1 i 2a PZP, a także § 2 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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) [dalej: „rRD”]. W związku z czym wykonawca nie może wykazać braku podstawy wykluczenia za pomocą innego dokumentu, w tym nie może żądać od zamawiającej, aby dokonała oceny posiłkując się jego wyjaśnieniami dotyczącymi terminu wpisania danego podmiotu do rejestru przedsiębiorców.

Następnie KIO wskazała, że zamawiająca nie naruszyła również art. 26 ust. 3 PZP. Dokument, do złożenia którego wykonawczynie została wezwana, musiał potwierdzać, że nie figurowała ona w KRK nie później niż w dniu składania ofert. Przy czym stosowne zaświadczenie potwierdza stan z dnia jego wydania, a więc nie ma możliwości uzyskania go z datą wsteczną (nie jest możliwe, aby zaświadczenie wystawiane po dniu składania ofert potwierdzało stan niekaralności na dzień składania ofert).

Rekapitulując KIO zważyła, że zasadnie zamawiająca wykluczyła spółkę FM z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Skargę na powyższy wyrok KIO wniosła spółka FM, wskazując, że zaskarża orzeczenie w sprawie o sygn. akt KIO 414/12 w całości oraz żądając jego zmiany i uwzględnienia odwołania, a w konsekwencji nakazania zamawiającej unieważnienia czynności odrzucenia oferty skarżącej oraz wykluczenia skarżącej z postępowania, a w konsekwencji wyboru oferty spółki

TKE jako najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny oferty skarżącej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także jego zmiany i uwzględnienia odwołania, a w konsekwencji nakazania zamawiającej unieważnienia czynności odrzucenia oferty skarżącej oraz wykluczenia skarżącej z postępowania, a w konsekwencji wyboru oferty spółki TKE jako najkorzystniejszej oraz zaproszenia skarżącej do udziału w aukcji elektronicznej o udzielenie zamówienia publicznego; dodatkowo skarżąca wniosła o zasądzenie od zamawiającej zwrotu kosztów postępowania wg norm przepisanych.

Skarżąca zarzuciła zaskarżonemu orzeczeniu naruszenie prawa materialnego, tj.: art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez błędne jego zastosowanie na skutek błędnego przyjęcia, że skarżąca nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy złożone dokumenty wskazują że skarżąca spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdyż przedłożyła prawidłową aktualną informację z KRK, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP (lit. a zarzutów); art. 26 ust. 3 PZP poprzez jego błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie na skutek błędnego przyjęcia, że informacja z KRK w zakresie określonym przez art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP, potwierdzająca, że skarżąca nie figuruje w kartotece na 24 stycznia 2012 r. nie spełnia tego warunku, czyli nie potwierdza tego, że skarżąca nie figurowała w kartotece na 9 stycznia 2012 r. - dzień składania ofert (lit. b zarzutów).

W uzasadnieniu skarżąca wskazała, że KIO pominęła wykładnię celowości art. 25 PZP, która prowadzi do wniosku, że informacja z KRK zaświadcza stan na 24 stycznia 2012 r., poświadczając również ten stan na dzień składania ofert - 9 stycznia 2012 r. (w tym zakresie przywołała wyrok

S.A. w Poznaniu z 20 maja 2010 r. I ACa 357/10). Skarżąca dodatkowo zaznaczyła, że nie jest możliwe uzyskanie zaświadczenia KRK z datą wsteczną. Zaznaczyła również, że została wpisana do rejestru przedsiębiorców dopiero 2 stycznia 2012 r., a więc nie mogło również nastąpić zatarcie skazania.

Na rozprawie apelacyjnej zamawiająca wniosła o oddalenie skargi.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje

Skarga, jako bezzasadna, podlega oddaleniu.

Skarżąca nie podnosi jakichkolwiek zarzutów naruszenia przepisów procedury przez KIO (wynikało to z bezsporności stanu faktycznego). Skoro zaś takich naruszeń, oczywiście podlegających uwzględnieniu przez sąd drugiej instancji z urzędu (por. art. 378 § 1 KPC w zw. z art. 198a ust. 2 PZP), nie dostrzega sąd ad quem, należało podzielić ustalenia KIO i przyjąć je za własne.

W niniejszej sprawie nie były kwestionowane: ani obowiązek przedstawienia przez skarżącą stosownego zaświadczenia z KRK, ani prawidłowość wezwania jej - w trybie art. 26 ust. 3 PZP - do uzupełnienia tego dokumentu, ani wreszcie że uzupełnione zaświadczenie oddawało stan na dzień już po upływie terminu składania ofert.

Jak wynika z § 2 ust. 1 pkt 6 rRD, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust.

1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Przepis ten określa termin, od którego zaświadczenie takie może być wystawione (*terminus a quo*), nie wskazuje jednak najpóźniejszej daty, z której zaświadczenie takie może pochodzić (*terminus ad quem*). Odpowiedzi na ostatnie pytanie udziela jednak art. 26 ust. 2a PZP, zgodnie z którym m.in. wykonawca zobowiązany jest wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków o których mowa w art. 24 ust. 1 PZP. Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że zaświadczenie z KRK, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 6 rRD może pochodzić najpóźniej z ostatniego dnia składania ofert. Pośrednio wynika to również z art. 44 PZP, skoro bowiem wraz z ofertą wykonawca winien złożyć stosowne dokumenty, to mogą one pochodzić najpóźniej z tej daty (a *contrario* nie mogą pochodzić z daty późniejszej, albowiem w takim wypadku nie mogłyby zostać załączone do oferty).

Orzecznictwo zaś jednolicie wskazuje, że również w wypadku wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 PZP, uzupełniane przez niego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert (vide: teza z uzasadnienia wyroku KIO z 16 czerwca 2011 r. KIO 1151/11, Legalis¹, teza z uzasadnienia wyroku KIO z 19 sierpnia 2010 r. KIO 1694/10, Legalis¹, teza z uzasadnienia wyroku KIO z 14 maja 2010 r. KIO 761 /10, Legalis). W szczególności należy tu przywołać tezę, z której wynika, że również zaświadczenie wystawione po dniu składania ofert, o ile zawiera adnotację uprawnionego podmiotu, że wykonawca spełniał warunki ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na dzień składania ofert, również może być uznane za skuteczne (vide teza z uzasadnienia wyroku KIO z 15 października 2009 r. KIO/UZP 1249/09, Legalis).

Tym samym Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym niniejszą skargę nie podziela odosobnionego poglądu wyrażonego w orzecznictwie, zgodnie z którym skoro w praktyce nie jest możliwe uzupełnienie braków w zakresie zaświadczeń z KRK z uwagi na bieżącą aktualizację danych w tym rejestrze, to za wystarczające należy uznać takie zaświadczenie złożone w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 PZP, jakie jest możliwe do wydania przez KRK w oparciu o przepisy, na podstawie których rejestr ten funkcjonuje (vide teza z uzasadnienia wyroku KIO z 30 lipca 2009 r. KIO/UZP 905/09, Legalis). Przeciwno takiemu rozumowaniu przemawia przede wszystkim okoliczność, że ustawodawca, jak już wskazano, jednoznacznie przesądził, że składane przez wykonawcę dokumenty mają wskazywać na brak podstaw do jego wykluczenia z postępowania nie później niż na dzień składania ofert. Braki funkcjonalności w systemie informatycznym KRK (niemożliwość ustalenia stanu tego rejestru na określony dzień w przeszłości), swoją drogą w obecnym stanie techniki łatwe do przezwyciężenia, co wymagałoby li tylko interwencji prawodawcy, nie mogą unieważniać jednoznacznych i sformalizowanych wymogów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Poza sporem zaś pozostawało, że zaświadczenie z KRK złożone przez skarżącą oddawało stan na 24 stycznia 2012 r., a więc na dzień już po terminie składania ofert.

Sąd dostrzega argument skarżącej, zgodnie z którym skoro do rejestru przedsiębiorców została wpisana 2 stycznia 2012 r. (k. 12), to nie mogło dojść do zatarcia orzeczenia stwierdzającego jej odpowiedzialność jako podmiotu zbiorowego za czyn zabroniony pod groźbą kary.

Przy czym dla porządku należy wskazać, że jeśli chodzi o odpowiedzialność, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP, a więc o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, to nie jest tak, że odpowiedzialność ta podlega zatarciu zgodnie z przepisami Kodeksu karnego, jak to przywołuje spółka FM w uzasadnieniu skargi. Kwestie te reguluje art. 43 ustawy z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. Nr 197, poz.1661 ze zm.), zgodnie z którym zatarcie orzeczenia stwierdzającego odpowiedzialność podmiotu zbiorowego za czyn zabroniony pod groźbą kary następuje z mocy prawa z upływem 10 lat od wykonania lub darowania albo przedawnienia wykonania kary pieniężnej, przepadku, zakazów oraz podania wyroku do publicznej wiadomości.

Skarżąca zdaje się sugerować, że zamawiająca winna dokonać oceny, czy wobec konkretnego wykonawcy zatarcie orzeczenia stwierdzającego odpowiedzialność podmiotu zbiorowego za czyn zabroniony pod groźbą kary mogło nastąpić w okresie pomiędzy ostatnim dniem na zgłaszanie ofert, a datą odpowiedzi wykonawcy na wezwanie z art. 26 ust. 3 PZP. W konsekwencji stwierdzenie przez zamawiającą że wobec jednego wykonawcy zatarcie orzeczenia mogłoby nastąpić w tym okresie, musiałoby skutkować obciążeniem go ciężarem przedstawienia zaświadczenia z KRK na dzień składania ofert; natomiast stwierdzenie, że wobec innego wykonawcy takie zatarcie nie mogłoby nastąpić, prowadziłoby do wniosku, że może on przedstawić takie zaświadczenie stwierdzające stan na dzień późniejszy (po dniu składania ofert). Takie różnicowanie wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest niedopuszczalne. Zgodnie bowiem z art. 7 ust. 1 PZP zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Niezależnie więc od tego, czy w konkretnym wypadku odnoszącym się do skarżącej, można domniemywać z zaświadczenia z KRK oddającego stan na 24 stycznia 2012 r., że również wg stanu na 9 stycznia 2012 r. nie figurowała w KRK jako podmiot, co do którego wydano orzeczenie stwierdzającego odpowiedzialność podmiotu zbiorowego za czyn zabroniony pod groźbą kary, zasadnie KIO zważyła, że skoro skarżąca nie przedstawiła zaświadczenia wystawionego w okresie pomiędzy 9 lipca 2011 r. a najpóźniej 9 stycznia 2012 r., to skarżąca nie wykazała dokumentem z § 2 ust 1 pkt 6 rRD braku przesłanek jej wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP.

Tym samym niezasadne były zarzuty skargi naruszenia przez KIO art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP (lit. b zarzutów). W konsekwencji niezasadnym był również zarzut naruszenia przez KIO art. 24 ust 2 pkt 4 PZP, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Na koniec należy wskazać, że sądowi znany jest wyrok S.A. w Poznaniu z 20 maja 2010 r. (wydany w sprawie o sygn. akt I ACa 357/10, Lex 756566) przywoływany przez spółkę FM w uzasadnieniu skargi.

Skarżącej jednak całkowicie umyka, że przywołana przez nią sprawa była sprawą o zapłatę z tytułu zwrotu uiszczonej przez wykonawcę kaucji, a zatrzymanej przez zamawiającą. Tymczasem niniejsza sprawa nie dotyczy zatrzymania wadium, lecz zasadności wykluczenia skarżącej z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Już z tego względu przywołana przez skarżącą teza nie może znaleźć zastosowania w sprawie.

Niezależnie od tego godzi się również zaznaczyć, a wynika bezpośrednio już z samego roszczenia w przywołanej sprawie, a także z uzasadnienia orzeczenia w niej wydanej, że protest wykonawcy na odrzucenie oferty wykonawcy został oddalony, a więc i w tym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferta wykonawcy została odrzucona m.in. z uwagi na faktyczną niemożliwość uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 PZP zaświadczenia z KRR. Pośrednio petryfikuje to tezę o zasadności zaskarżonego w niniejszej sprawie wyroku KIO.

Zakresem zaskarżenia skarżąca objęła także rozstrzygnięcie przez KIO o kosztach postępowania, nie podnosząc w tym zakresie jednak jakichkolwiek samodzielnych zarzutów (niezależnych od skarżenia rozstrzygnięcia co do wniesionego odwołania).

Pamiętając, że orzeczenie o kosztach jest akcesoryjne formalnie do rozstrzygnięcia o żądaniu głównym, bezzasadność skargi na orzeczenie KIO w zakresie oddalenia odwołania, w sytuacji, gdy KIO o kosztach postępowania z odwołania orzekła na podstawie art. 192 ust. 10 PZP obciążając nimi, stosownie do wyniku sprawy, skarżącą (jej odwołanie zostało oddalone), musi skutkować uznaniem skargi za bezzasadną także w zakresie zaskarżenia, zawartego w ust. 2 wyroku KIO, postanowienia o kosztach postępowania.

Mając na uwadze powyższe - na podstawie art. 385 KPC w zw. z art. 198a ust. 2 PZP - sąd oddalił skargę.

Na koniec można wskazać, że w niniejszej sprawie przeciwniczka skargi-zamawiająca, reprezentowana przez radcę prawnego (k. 24), nie wniosła ani o zwrot kosztów wg spisu, ani o przyznanie kosztów wg norm przepisanych (in specie k. 32). Oznacza to, że jej roszczenie o zwrot kosztów wygasło (por. art. 109 § 1 zd. I KPC w zw. z art. 198a ust. 2 PZP).