

Sygn. akt: KIO 2483/14

WYROK

z dnia 9 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2014 r. przez **wykonawcę Energotechnika-Energorozruch S.A., ul. Kozielska 18, 44-107 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez **Wodociągi Płockie Sp. z o.o., ul. Harc. A. Gradowskiego 11, 09-402 Płock**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Energotechnika-Energorozruch S.A., ul. Kozielska 18, 44-107 Gliwice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Energotechnika-Energorozruch S.A., ul. Kozielska 18, 44-107 Gliwice** tytułem wpisu od odwołania.

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 Płocku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wodociągi Płockie Sp. z o.o. (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę stacji odbioru i magazynowania odpadów technologicznych na oczyszczalni ścieków w Maszewie w ramach rozszerzenia projektu „Uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie miasta Płocka, etap II” współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawą Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 października 2014 r. pod pozycją 2014/S 188-331004.

W dniu 26 listopada 2014 r. wykonawca Energotechnika-Energorozruch S.A. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty, czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo „AGAT”, mimo że nie była ona ofertą najkorzystniejszą złożoną w postępowaniu, oraz zaniechania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z jedynym kryterium udzielenia zamówienia w ramach postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 26 ust. 3, art. 25 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 4 oraz § 3 ust. 1 pkt. 5 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231) i uznanie, że uzupełnione zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 17 listopada 2014 r. wystawione dla podmiotu trzeciego nie potwierdza faktu jego niekaralności na dzień złożenia ofert,
- art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w zw. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp polegające na nieuprawnionym przyjęciu, iż odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji błędnym uznaniu, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, zaś jego oferta podlega odrzuceniu;
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty zawierającej ceną wyższą niż oferta odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił następującą argumentację:

I. Zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3, art. 25 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 4 oraz

§ 3 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane i uznania, że uzupełnione zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 17 listopada 2014 r. wystawione dla podmiotu trzeciego nie potwierdza faktu jego niekaralności na dzień składania ofert

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, iż zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego, które przedłożył odwołujący wystawione dla podmiotu trzeciego, tj. osoby fizycznej pana Stanisława Grzegorzcyka, opatrzone datą 17 listopada 2014 r., nie potwierdza faktu, iż podwykonawca w dniu składania ofert nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy Pzp. Odwołujący nie podzielił argumentacji zamawiającego, iż ustawodawca wprowadzając normatywną regulację w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uniemożliwił wykonawcom, którzy omyłkowo nie załączyli do oferty dokumentów z Krajowego Rejestru Karnego, konwalidowanie tego błędu. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 901/09, KIO/UZP 905/09. Zdaniem odwołującego, z uwagi na bardzo krótki okres, jaki upłynął pomiędzy ostatecznym terminem składania ofert a uzyskaniem przez odwołującego informacji z Krajowego Rejestru Karnego, informacja ta powinna zostać uznana przez zamawiającego za ważną i spełniającą wymagania przepisów prawa i ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, iż z informacji, które uzyskał odwołujący od podwykonawcy jednoznacznie wynika, że nigdy nie był karany za przestępstwa określone art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy Pzp, zarówno w dniu składania ofert oraz w okresie wcześniejszym i późniejszym.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego Izby Cywilnej z dnia 7 listopada 2013 r., zamawiający powinien dokonać oceny dokumentu (tj. zaświadczenia KRK z dnia 17 listopada 2014 r.) przy zastosowaniu kryteriów wartościujących i z uwzględnieniem okoliczności faktycznych konkretnej sprawy, ponieważ „wykładnia celowościowa art. 26 ust. 3 p.z.p. musi więc prowadzić do wniosku, że późniejsza informacja z KRK, potwierdzająca stan faktyczny na dzień jej udzielenia, poświadcza również ten stan na dzień wcześniejszy będący ostatnim dniem terminu składania ofert, ponieważ w okolicznościach rozpoznawanej sprawy zmiana tego stanu w tym przedziale czasowym byłaby niemożliwa.” (sygn. akt V CSK 531/12). Jak zauważył odwołujący, podobne stanowisko w sprawie oświadczeń o niekaralności zajął Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 29 sierpnia 2013 r., w którym stwierdził, że „oś i liniowość czasu, oznacza, że stan niekaralności na datę późniejszą - w bezpośrednim następstwie czasowym - oznacza, że stan niekaralności na datę późniejszą - w bezpośrednim następstwie czasowym - oznacza ten stan także w okresach bezpośrednio poprzedzających. (...) Uprawnia do tego

redukcja logiki prawniczej „z większego na mniejsze” (sygn. akt IX Ga 128/13). W podobny sposób wypowiedział się także Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 20 maja 2010 r., w którym potwierdził, iż „wykładnia celowościowa przepisu art. 26 ust. 3 p.z.p. prowadzi do wniosku, że informacja z KRK dotycząca podmiotu zbiorowego zaświadczenia stan faktyczny na dzień jej udzielenia, poświadcza również, ten stan na wcześniejszy dzień w którym upłynął termin do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. (...) Skoro ustawodawca zakłada możliwość wezwania o uzupełnienie braków wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, między innymi braku dotyczącego niezłożenia omawianego zaświadczenia, to - wobec faktu, że zaświadczenie dokumentacji stan faktyczny na dzień jej wydania - należy przyjąć, że jego złożenie na skutek wezwania zamawiającego po dniu, w którym upłynął termin do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowi prawidłowe uzupełnienie wniosku.” (sygn. akt I Aca 357/10).

Reasumując, odwołujący stwierdził, iż zaświadczenie z KRK podwykonawcy, opatrzone datą 17 listopada 2014 r., potwierdza brak karalności podwykonawcy zarówno na dzień jego wystawienia, jak również na dzień składania ofert w postępowaniu. Odwołujący zaznaczył, że zamawiający błędnie podał podstawę odrzucenia oferty odwołującego, ponieważ kwestię odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wykluczonych reguluje wyłącznie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.

II. Zarzut dotyczący naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w zw. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp polegającego na nieuprawnionym przyjęciu, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji błędnym uznaniu, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, zaś jego oferta podlega odrzuceniu

Odwołujący podniósł, iż zamawiający dokonując błędnej i nieprawidłowej oceny oferty, w tym dokumentów złożonych przez odwołującego, uznał, że odwołujący nie spełnia warunku pozytywnego, rozumianego jako kwalifikacja podmiotowa, w zakresie wymaganych przez specyfikację niezbędnych potencjałów, które miały stanowić gwarancję należytego wykonania zamówienia udzielanego w ramach postępowania.

W konsekwencji wadliwej oceny dokumentu, tj. zaświadczenia podwykonawcy z dnia 17 listopada 2014r., zamawiający błędnie przyjął, że odwołujący nie potwierdził spełnienia warunków określonych w art. 22 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a następnie odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp było działaniem bezpodstawnym i sprzecznym z ustawą Pzp.

III. Zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegającego na wyborze jako najkorzystniejszej oferty zawierającej ceną wyższą niż oferta odwołującego

Odwołujący zauważył, iż zgodnie z postanowieniami pkt. 25 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyłącznym i jedynym kryterium oceny ofert wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach postępowania jest cena. Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej może wyłącznie opierać się na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji. Oznacza to jednocześnie, że żadnych innych kryteriów oceny ofert zamawiający nie może brać pod uwagę. Odwołujący podkreślił, iż w przypadku, gdyby odwołujący nie został bezpodstawnie wykluczony z postępowania, oferta przez niego złożona byłaby ofertą najkorzystniejszą cenowo i w rezultacie oceny otrzymałaby maksymalną ilość punktów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa „AGAT” jako najkorzystniejszej;
- unieważnienia czynności wykluczenia oraz odrzucenia oferty odwołującego;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z udziałem oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z jedynym kryterium w postępowaniu.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W pkt. 9.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał od wykonawców korzystających z potencjału podmiotów trzecich złożenia dokumentów wymienionych w pkt. 9.2.1. specyfikacji, w tym aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy Pzp wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (pkt 9.2.1 lit. d) specyfikacji).

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 6 listopada 2014 r. godz. 11:30 (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, DRUK ZP-PN, pkt 7).

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący wykazując spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia powołał się na potencjał podmiotu trzeciego – S. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowo-Produkcyjna „G.” (strony 28-32 oferty). W ofercie odwołujący przedstawił zobowiązanie ww. podmiotu

trzeciego do oddania do dyspozycji odwołującego niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia (strona 33-34 oferty).

Pismem z dnia 14 listopada 2014 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp m.in. do złożenia wszystkich wymaganych dokumentów dla podmiotu trzeciego zgodnie z wymogiem pkt 9.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymienionych w pkt 9.2.1 specyfikacji.

Odpowiadając na ww. wezwanie odwołujący wraz z pismem z dnia 17 listopada 2014 r. złożył zamawiającemu informację z Krajowego Rejestru Karnego, w której treści zawarte jest potwierdzenie, że S. G. na dzień 17 listopada 2014 r. nie figuruje w kartotece karnej Krajowego Rejestru Karnego. Informacja powyższa została wydana przez Punkt Informacyjny Krajowego Rejestru Karnego w Nowym Targu przy Sądzie Rejonowym.

Pismem z dnia 20 listopada 2014 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp. Zamawiający argumentował, iż treść zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu trzeciego została złożona z datą 17 listopada 2014 r. i potwierdza stan prawny na dzień 17 listopada 2014 r., tym samym należy uznać, że dokument nie jest aktualny na dzień złożenia ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez odwołującego, wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów z dnia 14 listopada 2014 r., odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 17 listopada 2014 r., w tym informację z Krajowego Rejestru Karnego o osobie pana S. G., informację o wyniku postępowania z dnia 20 listopada 2014 r., jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

W przedmiotowej sprawie odwołujący nie kwestionował obowiązku przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu trzeciego, na którego zasobach polega, nie kwestionował też prawidłowości wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba zważyła, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, składane przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Przepis ten stanowi wyjątek od zasady, iż wykonawca składając ofertę zobowiązany jest wykazać zamawiającemu spełnianie warunków udziału w postępowaniu m.in. przez złożenie wszystkich wymaganych w danym postępowaniu dokumentów. Zgodnie z dyspozycją ww. przepisu, złożone w ramach uzupełnienia dokumenty w swej treści powinny potwierdzać spełnianie warunku na dzień składania ofert. Przepis ten nie wymaga zatem, aby data wystawienia dokumentu nie była późniejsza niż termin składania ofert, lecz aby treść dokumentu potwierdzała, że wykonawca spełniał warunek udziału w postępowaniu najpóźniej w tym dniu. Ustawodawca umożliwił zatem wykonawcom zarówno złożenie dokumentu, który został wystawiony przed terminem składania ofert i jest w posiadaniu wykonawcy, a jedynie przez przeoczenie nie został złożony wraz z ofertą, jak i złożenie dokumentu, który został wystawiony już po terminie składania ofert, ale w jego treści znajduje się potwierdzenie zaistnienia określonych okoliczności dotyczących wykonawcy w terminie składania ofert lub w dopuszczalnym okresie wcześniejszym.

W praktyce nieco odmienny od pozostałych dokumentów składanych w postępowaniu na potwierdzenie spełniania warunków charakter ma informacja z Krajowego Rejestru Karnego, bowiem dokument ten zaświadcza okoliczności wynikające z treści wpisów do Rejestru według stanu na dzień, w którym informacja jest udzielana. Na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została określona przez ustawodawcę aktualność informacji z ww. Rejestru – zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane za aktualną należy uznać informację z Krajowego Rejestru Karnego wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Jednocześnie, ustawodawca nie przewidział możliwości wykazania okoliczności stwierdzanych informacją z ww. Rejestru jakimkolwiek innym dokumentem.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, iż złożona przez odwołującego informacja z Krajowego Rejestru Karnego o braku karalności pana S. G. nie potwierdza w

sposób prawidłowy spełniania warunku. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż potwierdza ona brak karalności na dzień 17 listopada 2014 r., tj. po terminie składania ofert. Izba stwierdziła, iż możliwa jest sytuacja, w której pomiędzy terminem składania ofert a datą wydania informacji z Krajowego Rejestru Karnego dojdzie do zatarcia skazania, co wobec braku możliwości ukazania w takiej informacji danych historycznych nie zostanie ujawnione w wydanym dokumencie. Ww. rozbieżność czasowa nie może być konwalidowana oświadczeniem złożonym przez pana S. G. w dniu 20 listopada 2014 r. – ustawodawca jednoznacznie wskazał na rodzaj dokumentu, którym wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnianie przedmiotowego warunku, nie dopuszczając w tym zakresie wyjątków.

Jednocześnie, Izba nie przychyliła się do argumentacji odwołującego, iż teoretycznie możliwa jest sytuacja, w której wykonawca przedłoży informację z Krajowego Rejestru Karnego wydaną np. 5 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a następnie zostanie skazany prawomocnym wyrokiem i w dniu składania ofert nie będzie spełniał warunku określonego w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Sytuacji tej ustawodawca zapobiegł stawiając wymóg złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, ale wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W sytuacji opisywanej przez odwołującego, w dniu składania ofert informacja wydana na 5 miesięcy przed takim terminem byłaby nieaktualna, a zatem niezgodna z ww. przepisem rozporządzenia.

Wobec powyższego, Izba stwierdziła, iż ocena oferty złożonej przez odwołującego została przeprowadzona przez zamawiającego w sposób prawidłowy, a zarzuty podniesione przez odwołującego są bezzasadne.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: