

WYROK
z dnia 9 marca 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2016 roku przez wykonawcę **Ł.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Las-Bud” Ł.L. , Miłoszów, 59 – 820 Leśna** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Gmina Miejska Bolesławiec, ul. Rynek 41, 59 – 700 Bolesławiec**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w całości i nakazuje Gminie Miejskiej Bolesławiec, ul. Rynek 41, 59 – 700 Bolesławiec unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy **Ł.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Las-Bud” Ł.L. , Miłoszów, 59 – 820 Leśna** i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża **Gmina Miejska Bolesławiec, ul. Rynek 41, 59 – 700 Bolesławiec** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Ł.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Las-Bud” Ł.L. , Miłoszów, 59 – 820 Leśna** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Gminy Miejskiej Bolesławiec, ul. Rynek 41, 59 – 700 Bolesławiec** na rzecz wykonawcy **Ł.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Las-Bud” Ł.L. , Miłoszów, 59 – 820 Leśna**, kwotę 14 368 zł 94 gr (słownie: czternaście tysięcy trzysta sześćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt cztery grosze), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Jeleniej Górze**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „remont z przebudową pomieszczeń Miejskiego Przedszkola publicznego nr 1 w Bolesławcu – Etap II”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 stycznia 2016 r. pod numerem 14904-2016.

Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1) art. 22 ust. 1 pkt oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez:

a) bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania mimo spełnienia przez niego wszystkich wymogów formalnych oraz uzupełnienia oferty o dokument i wyjaśnienia wymagane przez Zamawiającego, spełniające wymagania wskazane przez Zamawiającego;

b) bezpodstawne uznanie, iż niezłożenie odpisu zaświadczenia z CEIDG dla Odwołującego wraz z ofertą, a następnie przedłożenie go na wezwanie Zamawiającego z datą 17.02.2016 r., stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy mimo, iż Odwołujący wykazał spełniania wszystkich wymagań Zamawiającego, w tym w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności poprzez przedłożenie dokumentu wykazującego spełnienie tychże warunków na dzień złożenia oferty.

2) naruszenie art. 22 ust 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z pkt VII.2 ppkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż załączony przez Odwołującego dokument w postaci informacji z CEIDG jest sprzeczny ze wskazaniami Zamawiającego i może stanowić podstawę do wykluczenia Odwołującego, albowiem nie spełnia on wymagań SIWZ stawianych dla wykonawcy w powyższym zamówieniu, co jest oczywiście sprzeczne z treścią dokumentacji złożonej i uzupełnionej w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 3) zobowiązanie Zamawiającego do powtórzenia czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 4) orzeczenie o kosztach postępowania wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że Zamawiający wykluczył go z postępowania z uwagi na fakt, iż przedłożony przez niego dokument w postaci wydrukowanej z systemu informatycznego informacji z CEIDG jest datowany na dzień 17 lutego 2016 r., a tym samym nie czyni zadość wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w SIWZ, jak również narusza wymagania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Powyższe stanowisko, zdaniem Odwołującego, jest chybione z uwagi na następujące okoliczności. W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, iż wbrew wskazaniom Zamawiającego dokument złożony przez Odwołującego w postaci informacji z CEIDG datowany na dzień 17 lutego 2016 r. jest wprost zgodny z wymaganiami stawianymi przez SIWZ. Powyższa teza wynika z treści pkt IV ppkt 1, pkt VI.1 oraz pkt. VII.1, wskazujących na decydujące znaczenie dla spełniania wymogów formalnych Zamawiającego stosownych oświadczeń złożonych według wzorów, stanowiących załączniki do SIWZ.

Nadto, Odwołujący podniósł, że spełnił wymóg z pkt VII.2. ppkt 2 SIWZ, w którym to postanowieniu nie jest wykazany zakres czasowy, dla którego musi być datowany dokument w postaci informacji z CEIDG, jeżeli jest on "młodszy" niż 6 miesięcy od dnia upływu terminu składania ofert, albowiem powinien on potwierdzać spełnienie wymagań Zamawiającego wskazanych w SIWZ na dzień - termin składania ofert.

W ocenie Odwołującego, złożony przez Odwołującego dokument w postaci informacji z CEIDG datowany na 17 lutego 2016 r. jest zgodny z SIWZ i nie może naruszać art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem potwierdza on bezspornie spełnienie wymagań Zamawiającego również na dzień - termin składania ofert dla prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie ocenia skutek prawny powyższego dokumentu w relacji do wymogów z art. 26 ust 3 ustawy Pzp, albowiem powyższa norma nakazuje, aby wykonawcy przedkładali dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień terminu składania ofert.

W ocenie Odwołującego, złożona na wezwanie Zamawiającego informacja z CEIDG dowodzi, iż na dzień terminu składania ofert Odwołujący prowadził działalność gospodarczą w zakresie objętym zamówieniem publicznym, zaś data 17 lutego 2016 r. stanowi jedynie datę sporządzenia wydruku z systemu informatycznego. Bezspornym jest, iż data ta jest generowana automatycznie, na co Odwołujący nie ma wpływu.

W ocenie Odwołującego, przedłożony dokument dowodzi, iż na dzień 8 lutego 2016 r. (termin składania ofert) działalność Odwołującego nie była zawieszona, nie znajdował się w upadłości lub nie został orzeczony wobec niego zakaz prowadzenia działalności gospodarczej, albowiem takie adnotacje znajdowałyby się w treści informacji również dla sytuacji występujących na dzień 8 lutego 2016 r. Odwołujący nie znajduje się również w upadłości.

Odwołujący podniósł ponadto, iż Zamawiający pismem z dnia 9 lutego 2016 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów złożonej przez niego oferty, jednak nie wezwał do uzupełnienia braków oferty. Należy więc uznać, iż oceniał ofertę za prawidłową w aspekcie, który następnie zakwestionował. Dalej Zamawiający błędnie oceniając ofertę Odwołującego dokonał czynności wezwania do uzupełnienia. Nastąpiło to dopiero w dniu 16 lutego 2016 r. Odwołujący wezwanie Zamawiającego zrealizował poprzez przedłożenie informacji z CEIDG. Jednak bezpodstawnie, w ocenie Odwołującego, Zamawiający uznał, iż dokument ten jest sprzeczny z SIWZ oraz narusza art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tymczasem w wezwaniu z dnia 16 lutego 2016 r. Zamawiający w ogóle nie wskazał, iż dokument ten nie może być datowany na dzień późniejszy niż 8 lutego 2016 r. Zamawiający powtórzył jedynie zapis z SIWZ opisany powyżej, a który *de facto* dopuszcza taką informację, jaką przedłożył Odwołujący na wezwanie Zamawiającego. Również ta okoliczność dowodzi, zdaniem Odwołującego, iż działanie Zamawiającego, skutkujące wykluczeniem Odwołującego było wadliwe i bezzasadne.

Na słuszność twierdzeń Odwołującego, w jego ocenie, wskazuje stanowisko zawarte w Uchwale KIO z dnia 7 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO/KD 37/15, Lex 1796851 potwierdzające dopuszczalność składania dokumentów opatrzonych datą po dacie składania ofert, jeżeli potwierdzają one spełnienie wymagań zamawiającego przez wykonawcę na dzień składania ofert, a taka sytuacja występuje w niniejszej sprawie.

Odwołujący podniósł, że powyższe poglądy orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej na gruncie niniejszej sprawy potwierdzają, iż przy takim zapisie, jak zawarty w pkt VII.2. ppkt 2 SIWZ, dokonane przez Odwołującego uzupełnienie oferty o założoną informację, zgodną z wezwaniem Zamawiającego, jest prawidłowe i powinno skutkować uznaniem oferty za prawidłową formalnie oraz dopuszczeniem jej do dalszej oceny w toku postępowania w sprawie wyłonienia najkorzystniejszej oferty. Wynika to również z właściwej wykładni językowej art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W części VI. SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” Zamawiający wskazał w szczególności, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki zawarte w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Zamawiający wskazał jednocześnie, że oceny spełnienia tego warunku dokona na podstawie oświadczenia wymienionego w ust. VII 1 pkt 1 – załącznik nr 1 do SIWZ. Rzeczony załącznik stanowiło oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (część VI. pkt 1 ppkt 1.1 SIWZ). Przedmiotowy wymóg odnośnie obowiązku przedłożenia wskazanego oświadczenia

celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został powtórzony w części VII pkt VII.1. ppkt 1 SIWZ.

Natomiast w części VII. pkt VII.2. ppkt 2 SIWZ Zamawiający zawarł postanowienie o obowiązku przedłożenia *„aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, tj. Krajowy Rejestr Sądowy lub zaświadczenie z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej (CEIDG)”*.

Odwołujący wraz z ofertą nie przedłożył informacji z CEIDG.

W związku z powyższym Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, powołując się na postanowienia części VII. pkt VII.2. ppkt 2 SIWZ wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty o *„aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej w oryginale lub kopii poświadczonyj za zgodność z oryginałem przez wykonawcę”*. Zamawiający w treści wezwania przytoczył wyżej cytowane postanowienie części VII. pkt VII.2. ppkt 2 SIWZ (pismo z dnia 16 lutego 2016 r.).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący przedłożył zaświadczenie z CEIDG, wygenerowane z systemu komputerowego, potwierdzające stan na dzień 17 lutego 2016 r. W wierszu „informacje dotyczące upadłości/postępowania naprawczego” widnieje adnotacja „brak wpisów”.

Pismem z dnia 19 lutego 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz postanowień SIWZ. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał, że *„w rozdziale VII.2. (W zakresie potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, do oferty należy przedłożyć), w ust. 2 wymagał aby wraz z ofertą złożyć aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, tj. Krajowy Rejestr Sądowy lub zaświadczenie z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej (CEIDG).*

Oferta wykonawcy nr 5 – LAS-BUD Ł.L. (...) nie zawierała wymaganego w SIWZ aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji działalności gospodarczej.

Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia oferty o ww. dokument.

Wykonawca nr 5 w wymaganym terminie uzupełnił ww. dokument lecz w ocenie zamawiającego nie potwierdza on warunków udziału w postępowaniu, ponieważ:

- art. 26 ust. 3 Pzp wyraźnie wskazuje, iż cyt.: „Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnienie 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.”

- zgodnie z utartą, powszechnie znaną i aktualną linią orzecznictwa, wskazany w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wymóg potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, nie może być przedmiotem domysłów i skomplikowanych badań ze strony zamawiającego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, że uzupełniany dokument winien być wystawiony bądź przed upływem terminu składania ofert, bądź też może być wystawiony po upływie tego terminu, byleby z jego treści wynikało, że wykonawca spełniał postawiony warunek nie później niż w dniu składania ofert. Do tego drugiego przypadku należy podchodzić szczególnie ostrożnie. Zasadnym jest stwierdzenie, że dokument taki będzie mógł zostać zaakceptowany przez zamawiającego jedynie wówczas, gdy w jego treści *expressis verbis* zostanie wyrażone, iż w konkretnym dniu wykonawca spełniał wymagane warunki.

- uzupełniony przez wykonawcę wyciąg z CEIDG nie czyni zadość powyższym wymogom. W jego treści wyraźnie wskazano, że zawiera on stan aktualny na dzień 17.02.2016 r., podczas gdy termin składania ofert upływał w dniu 08.02.2016 r. W dokumencie brak jest też innych adnotacji potwierdzających jego aktualność na dzień 08.02.2016 r.

- jak już wyżej wskazano, wymóg złożenia dokumentu aktualnego nie później niż w dniu, w którym upływa termin składania ofert wynika z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Treść powszechnie obowiązujących przepisów prawa winna być znana wszystkim podmiotom uczestniczącym w obrocie prawnym i nie powinny one zasłaniać się ich nieznaną, tym bardziej w sytuacji, gdy uczestniczą w postępowaniu opartym o te przepisy. Od wykonawców, będących profesjonalnymi uczestnikami obrotu prawnego, oczekiwać należy dużej świadomości prawnej, w tym świadomości przepisów, z których wynikają ich obowiązki jako wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (np. wyrok z dnia 26 maja 2015 r., KIO 966.15).

- nadmienić należy, że zamawiający nie jest zobowiązany na własną rękę dociekać czy wykonawca na dzień składania ofert podlegał wykluczeniu z postępowania, czy nie. To rolą

wykonawcy jest udowodnienie zamawiającemu, za pomocą żądanych dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W nawiązaniu do powyższego wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i zamawiający wyklucza wykonawcę nr 5 z postępowania.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia są przesłankami bezwzględnie obowiązującymi i mogą aktualizować się na każdym etapie postępowania, z zastrzeżeniem przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

Z mocy przepisu art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp kreuje więc obowiązek eliminacji z postępowania wykonawców, którzy znajdują się w sytuacji w nim określonej, przez co nie dają gwarancji wykonania zamówienia.

W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający, w świetle § 3 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), może żądać aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Jednocześnie z mocy przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający obowiązany jest wezwać wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny 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.

Podmiotami, które mają zdolność likwidacyjną, a więc mogą być objęte likwidacją są spółki i spółdzielnie.

Zaś, zdolność upadłościową, z mocy przepisu art. 5 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 233 ze zm.), posiadają co do zasady przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.). Natomiast w świetle przepisu art. 43¹ k.c. przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33¹ § 1 k.c., prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową.

Wpisowi do CEDIG podlega m.in. informacja o ogłoszeniu upadłości i ukończeniu tego postępowania - art. 25 ust. 1 pkt 14 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2015, poz. 584 ze zm.), dalej „u.s.d.g.”. Przedmiotowe informacje podlegają wpisowi do CEDIG z urzędu (art. 31 ust. 1 u.s.d.g.). Sąd upadłościowy zgłasza je niezwłocznie do CEIDG za pośrednictwem formularza dostępnego na stronie internetowej CEIDG, nie później niż w terminie 7 dni roboczych od dnia uprawomocnienia się postanowienia wydanego w postępowaniu upadłościowym i naprawczym (art. 31 ust. 3 u.s.d.g.). Dane zawarte w CEIDG nie mogą być z niej usunięte, chyba że ustawa stanowi inaczej. Wykreślenie wpisu w CEIDG nie oznacza usunięcia danych (art. 34 ust. 1 u.s.d.g.). CEIDG udostępnia zawarte w niej dane i informacje określone, w szczególności w art. 25 ust. 1 u.s.d.g., z wyjątkiem numeru PESEL, daty urodzenia oraz adresu zamieszkania, o ile nie jest on taki sam jak miejsce wykonywania działalności gospodarczej (art. 37 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g.). Dane i informacje udostępniane przez CEIDG są jawne (art. 38 ust. 1 u.s.d.g.). Zaświadczenia o wpisie w CEIDG dotyczące przedsiębiorców będących osobami fizycznymi w zakresie jawnych danych, o których mowa w art. 25 ust. 1, mają formę dokumentu elektronicznego albo wydruku ze strony internetowej CEIDG (art. 38 ust. 4 u.s.d.g.).

Z przytoczonych regulacji prawnych należy odkodować następujące normy prawne. Po pierwsze, żądane przez zamawiającego zaświadczenie o wpisie w CEDIG jest przedkładane w celu wykazania, że wobec wykonawcy nie otwarto postępowania likwidacyjnego albo nie ogłoszono upadłości chyba, że wykonawca ten zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, który nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego. Po drugie, rzeczony zaświadczenie, jeśli nie zostało złożone wraz ofertą a na wezwanie zamawiającego, może być opatrzone datą późniejszą niż dzień składania ofert, jednakże jego treść musi pozwalać na ustalenie, że najpóźniej na dzień składania ofert nie zaistniały okoliczności, które na jego podstawie mają być potwierdzone. Chodzi więc o to, żeby zamawiający na podstawie zaświadczenia o wpisie

w CEIDG mógł ustalić, że w terminie do dnia składania ofert wobec wykonawcy nie ogłoszono upadłości.

Likwidacji nie podlegają przedsiębiorcy będący osobami fizycznymi. Sąd też w zaświadczeniu o wpisie w CEIDG na próżno poszukiwać informacji w tym przedmiocie. Natomiast znajdują się tam informacje dotyczące upadłości. Wpisy w tym zakresie są dokonywane z urzędu na podstawie danych przesyłanych przez sąd upadłościowy. Dane w tym zakresie są jawne. Jednocześnie żadne dane zawarte w CEIDG nie mogą być usunięte, co oznacza, że „istota prowadzenia CEIDG w systemie informatycznym polega m.in. na tym, że dane zawarte w tej ewidencji można zmienić lub wykreślić, jednakże nie w znaczeniu faktycznym, lecz prawnym. Dane nie mogą być zatem usunięte. Dzięki temu CEIDG odzwierciedla pełny obraz dokonywanych w niej wpisów, w tym zmian wpisów i wykreśleń” (C. Kosikowski: Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, LexisNexis, 2013).

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego wskazać należy, że bezsporne między stronami jest, iż zaświadczenie o wpisie w CEIDG przedłożone przez Odwołującego opatrzone jest datą późniejszą niż dzień składania ofert. Z tego faktu Zamawiający wywodzi, że dokument nie jest aktualny na dzień składania ofert, a zatem nie jest możliwe ustalenie na jego podstawie, że najpóźniej w dniu składania ofert wobec Odwołującego nie zaktualizowały się okoliczności, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Skoro więc Odwołujący nie wykazał, choć ciężar dowodu w tym zakresie go obciąża, że przyczyny wykluczenia go z postępowania nie zaistniały, to czynność wykluczenia, zdaniem Zamawiającego, znajduje uzasadnienie.

Rację ma Zamawiający, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania braku ziszczenia się przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niemniej jednak sam fakt przedłożenia dokumentu, który służy wykazaniu wskazanych okoliczności, opatrzonego datą późniejszą niż dzień składania ofert, nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Należy bowiem zbadać, czy z treści tego dokumentu można wywieść, że najpóźniej na dzień składania ofert przesłanki skutkujące wykluczeniem wykonawcy z postępowania nie zaistniały. W ocenie Izby, Zamawiający nie udźwignął ciężaru tego badania.

Jak się wydaje, Zamawiający uznał, że adnotacja o braku wpisów dotyczących upadłości jest aktualna na dzień wystawienia tegoż dokumentu, natomiast na jej podstawie nie można stwierdzić, że stan ten był tożsamy na dzień składania ofert. Natomiast informacji na temat likwidacji w rzeczonym zaświadczeniu w ogóle nie było.

Uszło jednak uwadze Zamawiającego, że po pierwsze, zaświadczenie o wpisie w CEIDG nie zawiera informacji dotyczących postępowania likwidacyjnego, bowiem przedsiębiorca będący osobą fizyczną zdolności likwidacyjnej nie posiada. Zaś, informacje

dotyczące upadłości po pierwsze są jawne, a zatem zawarte są w przedmiotowym zaświadczeniu, ich wpis jest dokonywany z urzędu oraz jak wszystkie dane ujawniane w CEIDG nie mogą być usunięte w znaczeniu faktycznym, co oznacza, że w CEIDG odzwierciedlony jest pełny obraz wpisów, również tych dotyczących upadłości.

Reasumując stwierdzić należy, że Zamawiający pomijając treść bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, zawartych w u.s.d.g., wyżej powołanych, dokonał błędnej oceny zaświadczenia z CEIDG, przedłożonego przez Odwołującego. Uwzględnienie przedmiotowych regulacji pozwala bowiem na stwierdzenie, że skoro w wierszu, w którym dokonuje się wpisów odnośnie upadłości znajduje się adnotacja, iż takich wpisów brak, to tym samym oznacza to, że nigdy takowych nie było, mając na uwadze, że w CEIDG prezentowane są wszystkie wpisy, a tym samym do dnia składania ofert, a nawet później (do dnia wygenerowania zaświadczenia) nie ogłoszono upadłości Odwołującego.

Jakkolwiek rację ma Zamawiający, że nie jest obowiązany dociekać okoliczności, które winien wykazać wykonawca, to jednakowoż musi mieć na względzie, że jedynym dokumentem za pomocą, którego wykonawca jest uprawniony do wykazania, że nie otwarto wobec niego likwidacji lub nie ogłoszono upadłości w przypadku przedsiębiorców będących osobami fizycznymi jest rzeczony zaświadczenie z CEIDG. Zaś jego treści nie można oceniać w oderwaniu od bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, które regulują tę materię. Okazuje się bowiem, że mają one istotny wpływ na ocenę spornego zaświadczenia, w szczególności biorąc pod uwagę, że prezentują nie tylko wpisy, ale ich zmiany i wykreślenia, a więc dane w ujęciu historycznym.

W konsekwencji czynność wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania należało uznać za bezpodstawną, a tym samym zarzut naruszenia przepisów art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie.

Irrelevantną, z punktu widzenia przedmiotowego rozstrzygnięcia, jest okoliczność, na którą wskazał Odwołujący, a mianowicie, że Zamawiający najpierw wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, a dopiero później wezwał do złożenia spornego dokumentu, co wskazywałoby, że pierwotnie Zamawiający uznał ofertę za prawidłową. Po pierwsze, zamawiający na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może podjąć decyzję o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Po drugie, wezwanie do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu następuje po stwierdzeniu, iż brak przesłanek do odrzucenia oferty danego wykonawcy (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Prawidłowo zatem uczynił Zamawiający, który najpierw wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień pozwalających na ustalenie, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co skutkowałoby koniecznością jej odrzucenia, a następnie po ustaleniu, iż brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, przystąpił do

badania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, z przedstawionej sekwencji działań podejmowanych przez Zamawiającego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie sposób wywodzić, że Zamawiający pierwotnie uznawał ofertę za prawidłową, skoro po pierwsze, nie miał substratu do oceny (brak w ofercie zaświadczenia z CEIDG), po drugie, kolejność czynności Zamawiającego znajduje podstawę w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, który prawidłowości swego postępowania poszukiwał w tezach prezentowanych w odpowiedzi na odwołanie wyroków KIO i Sądów Okręgowych stwierdzić należy, że skład orzekający jest związany wyłącznie przepisami prawa (art. 174 ust. 7 ustawy Pzp). Zatem, ustalenia i rozważania prawne prezentowane w orzeczeniach Izby w odrębnych sprawach nie są dla składu wiążące. Na marginesie należy jedynie wskazać, że nieporównywalne są sytuacje złożenia zaświadczenia z CEIDG czy zaświadczenia z KRK, opatrzone datą przypadającą po terminie składania ofert. Jak wskazano bowiem wyżej, jakiegokolwiek wpisy dokonywane w CEIDG są widoczne niezależnie od tego, jaką datą opatrzone jest zaświadczenie, to inaczej jest w przypadku zaświadczenia z KRK, w którym prezentowany jest stan aktualny (na dzień wystawienia), ze względu na instytucję zatarcia skazania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i b i § 5 ust. 2 pkt 1 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 10.000,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł oraz koszty związane z dojazdem na rozprawę w kwocie 768,94 zł.

Przewodniczący: