

WYROK

z dnia 24 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Agrobudova S.A., ul. Św. Jerzego 1A, 50-518 Wrocław (lider konsorcjum), ECO Ekologiczne Centrum Odzysku Sp. z o.o., ul. Bielawska 6, 58-250 Pieszyce, MAKALU Sp. z o.o., ul. Wileńska 4, 57-230 Kamieniec Ząbkowicki** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Zator, Pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 1, 32-640 Zator**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Małopolskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Sp. z o.o., ul. Barska 12, 30-307 Kraków (lider konsorcjum) i ZAKŁADU USŁUG KOMUNALNYCH Sp. z o.o., ul. Bema 12A, 32-602 Oświęcim** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Agrobudova S.A., ul. Św. Jerzego 1A, 50-518 Wrocław (lider konsorcjum), ECO Ekologiczne Centrum Odzysku Sp. z o.o., ul. Bielawska 6, 58-250 Pieszyce, MAKALU Sp. z o.o., ul. Wileńska 4, 57-230 Kamieniec Ząbkowicki** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Agrobudova S.A., ul. Św. Jerzego 1A, 50-518 Wrocław (lider konsorcjum), ECO Ekologiczne**

Centrum Odzysku Sp. z o.o., ul. Bielawska 6, 58-250 Pieszyce, MAKALU Sp. z o.o., ul. Wileńska 4, 57-230 Kamieniec Ząbkowicki tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Agrobudova S.A., ul. Św. Jerzego 1A, 50-518 Wrocław (lider konsorcjum), ECO Ekologiczne Centrum Odzysku Sp. z o.o., ul. Bielawska 6, 58-250 Pieszyce, MAKALU Sp. z o.o., ul. Wileńska 4, 57-230 Kamieniec Ząbkowicki** na rzecz zamawiającego **Gminy Zator, Pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 1, 32-640 Zator** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2674/22

Uzasadnienie

Gmina Zator, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Odbieranie i transport do zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Zator w okresie od 1 stycznia 2023 do 31 grudnia 2023”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 sierpnia 2022 r, 2022/BZP 161-459243.

W dniu 10 października 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. AGROBUDOVA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (lider konsorcjum), ECO Ekologiczne Centrum Odzysku Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Pieszycy, MAKALU Sp. z o.o. z siedzibą w Kamieńcu Ząbkowickim, zwani dalej „Odwołującym”, wnieśli odwołanie od wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz od odrzucenia jego oferty oraz od unieważnienia postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niezgodne ze stanem faktycznym przyjęcie, iż wobec Odwołującego zaszyły fakultatywne przesłanki wykluczenia z postępowania ujęte w części V ust. 2 SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty oraz unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. Odwołujący wniósł także o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że podstawowym problemem jest ocena istnienia lub nieistnienia przesłanki o której mowa w treści art. 109 ust 1 pkt 4 Pzp mającej odzwierciedlenie w części V ust. 2 SWZ . Zgodnie z ww. przepisami z postępowania wykluczony jest podmiot, w stosunku do którego :

1. otwarto likwidację,
2. ogłoszono upadłość,
3. którego aktywami zarządza likwidator lub sąd,
4. zawarł układ z wierzycielami,
5. którego działalność została zawieszona,

6. albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury .

Lider Konsorcjum AGROBUDOVA S.A. przedłożył Zamawiającemu aktualny KRS. Treść tego rejestru zawiera informację w Dziale 6, Rubryka 7, zgodnie z którą; „ Sąd Rejonowy dla Wrocławia Fabrycznej we Wrocławiu, przyspieszone postępowanie układowe 03-08-2018, sygn. akt VIII GR 27/18, postępowanie restrukturyzacyjne” oraz wpis z dnia 07-03-2019 – „Zakończenie przez zatwierdzenie układu”. Są to okoliczności bezsporne, które w pełni oddają istniejący w sprawie stan faktyczny i prawny uczestnika postępowania.

Odwołujący na wezwanie Zamawiającego dostarczył postanowienie tego samego Sądu Rejonowego dla Wrocławia Fabrycznej Wydział VIII Gospodarczy z dnia 20 kwietnia 2021 r. wydane w sprawie prowadzonej pod sygn. akt VIII GReu19/20. Treść tego postanowienia stanowi, iż Sąd Rejonowy dla Wrocławia Fabrycznej we Wrocławiu postanawia

stwierdzić wykonanie układu. W treści wskazanego powyżej orzeczenia znajduje się odesłanie przez Sąd do treści art. 172 prawa restrukturyzacyjnego. W ustępie 3, którego znajduje się następujące stwierdzenie: prawomocne postanowienie o wykonaniu układu stanowi podstawę do wykreślenia wpisów dotyczących układu w księgach wieczystych i rejestrach. Powyższa informacja znajduje odzwierciedlenie w treści zawiadomienia o wykluczeniu, jakie Odwołujący otrzymał w dniu 07-10-2022 . Trudno zatem uznać za zgodne z prawem pominięcie tego faktu i uznanie przez Zamawiającego za nieistotne. Zwłaszcza w sytuacji, gdy już po sentencji uzasadnienia w postanowieniu znajduje się zarządzenie Sądu, który nakazuje po uprawomocnieniu się postanowienia jego odpis wraz ze stwierdzeniem prawomocności przekazać do VI Wydziału Gospodarczego KRS tut. Sądu celem dokonania w rejestrze odpowiednich wpisów z urzędu stosownie do art. 172 ust. 3 prawa restrukturyzacyjnego.

Treść art. 172 prawa restrukturyzacyjnego wskazuje, iż wykonanie układu następuje z chwilą spełnienia świadczeń objętych układem. Nadto ustawodawca stwierdza, iż po uprawomocnieniu się postanowienia dłużnik odzyskuje prawo swobodnego zarządzania majątkiem i rozporządzania jego składnikami. Tym samym okoliczność, o której mowa w treści art.109 Pzp oraz powielona w części V SWZ nie ma miejsca. Taką moc ma treść postanowienia Sądu Restrukturyzacyjnego z dnia 20 kwietnia 2021 roku.

Oddzielną kwestię stanowi realizacja przez Sądy treści swoich postanowień. Odwołujący podkreślił, że wykreślenia z rejestru lub dokonania stosownych wpisów sąd dokonuje z urzędu. Nie ma zatem wpływu na postępowanie rejestrowe postawa podmiotu gospodarczego, który nie składa odpowiedniego wniosku a może tylko czekać na realizację wewnętrznych zarządzeń Sądów. Przywoływanie przez Zamawiającego „domniemanie”

prawdziwości wpisów w Rejestrze KRS nie może pomijać istotnych dla tych rejestrów orzeczeń i faktów wynikających z tych orzeczeń.

Dla niniejszego postępowania istotny jest rodzaj wpisu w KRS. Czy ma on charakter konstytutywny – który rodzi określone skutki prawne (rejestracja spółki) czy też charakter deklaratoryjny – który potwierdza istnienie określonej sytuacji faktycznej. Wykonawca nie może ponosić ujemnych skutków opóźnień w realizacji przez organy rejestrowe ich ustawowych obowiązków.

Reasumując Odwołujący wskazał, że w dniu składania oferty lider konsorcjum spółka AGROBUDOVA S.A. nie jest podmiotem postępowania układowego. Zobowiązania wobec wierzycieli wygasły na skutek ich spełnienia co dało podstawę do stwierdzenia, iż układ, który zawarł z wierzycielami został wykonany – co potwierdził Sąd Restrukturyzacyjny. Tym samym nie istnieją przesłanki określone w treści art. 109 ust. 1 pkt 4 dające podstawy do uznania, iż podmiot ten może zostać wykluczony z postępowania.

Oferentom uczestniczącym w postępowaniu informacja o wniesionym odwołaniu oraz wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego została przekazana przez Zamawiającego drogą mailową i poprzez skrzynki ePUAP w dniu 11 października 2022 r.

W dniu 14 października 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i ZAKŁAD USŁUG KOMUNALNYCH Sp. z o.o. z siedzibą w Oświęcimiu, zwani dalej „Przystępującym”, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ogłoszenie o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z

siedzibą w Krakowie i ZAKŁAD USŁUG KOMUNALNYCH Sp. z o.o. z siedzibą w Oświęcimiu do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania uznając, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w treści SWZ, Część V „KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW” zamieścił postanowienie dotyczące fakultatywnej przesłanki wykluczenia, tj. podał, że „wykluczeniu z postępowania podlega Wykonawca, wobec którego zachodzą okoliczności określone art. 108 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, tj.: wykonawcę, w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury”.

Zamawiający – zgodnie z Częścią VIII OŚWIADCZENIE W FORMIE JEDZ. PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE - celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wymagał złożenia:

1) JEDZ zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 2. Zaznaczenie odpowiedniej odpowiedzi w części III Podstawy wykluczenia w JEDZ będzie potwierdzeniem braku podstaw do wykluczenia wskazanych w części V ust. 2 SWZ. W części IV Wykonawca wypełnia JEDZ w zakresie części alfa – ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji.

2) Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że Wykonawca wypełniając formularz JEDZ: (...)

c) w zakresie części III (Podstawy wykluczenia) Wykonawca wypełnia pola, wskazane przez Zamawiającego w zamieszczonym na stronie internetowej, na której udostępniony został dokument swz, w formacie pliku word w formularzu JEDZ, (...)

5) JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert oraz stanowi dowód tymczasowo zastępujący wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

Odwołujący wraz z ofertą złożył JEDZ, w treści którego (Część III, sekcja C) oświadczył, że:

„Czy wykonawca zawarł układ z wierzycielami?”

„Proszę podać odpowiedź” – „NIE”

„Proszę je opisać” - brak odpowiedzi;

„Proszę podać powody, które pomimo powyższej sytuacji umożliwiają realizację zamówienia. Nie trzeba podawać tych informacji, jeżeli wykluczenie wykonawców w tym przypadku stało się obowiązkowe na mocy obowiązującego prawa krajowego bez żadnej możliwości odstępstwa w sytuacji, gdy wykonawcy są pomimo to w stanie zrealizować zamówienie” - brak odpowiedzi.

„Czy informacje te mogą zostać bezpłatnie uzyskane przez instytucje z bazy danych państwa członkowskiego UE?” – „Nie”.

„URL - Kod – Wydający” - brak odpowiedzi.

Zamawiający, dokonując badania i oceny ofert, pobrał odpis aktualny i odpis pełny z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla Agrobudova S.A. (Numer 0000523591). W Dziale 6, Rubryka 7 „Informacje o postępowaniach restrukturyzacyjnych, o postępowaniu naprawczym lub o przymusowej restrukturyzacji”, lp. 1 „Informacje o otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego albo o wszczęciu postępowania naprawczego, albo wszczęciu przymusowej restrukturyzacji” znajduje się wpis o treści „Sąd Rejonowy dla Wrocławia – Fabrycznej we Wrocławiu, przyśpieszone postępowanie układowe, 03.08.2018, sygn. akt VIII GR 27/18, postępowanie restrukturyzacyjne”. W lp. 2 „Informacje o ukończeniu postępowania restrukturyzacyjnego albo naprawczego, albo o zakończeniu przymusowej restrukturyzacji” znajduje się wpis o treści „07.03.2019, Zakończenie przez zatwierdzenie układu”. W lp. 3 „Informacja o uchyleniu układu” brak wpisu.

Zamawiający, pismem z dnia 30 września 2022 r., działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. W piśmie tym wskazał, że informacje wynikające ze złożonego oświadczenia wstępnego na formularzu JEDZ oraz informacje wynikające z pobranego odpisu z rejestru przedsiębiorców KRS nie pozwala mu na samodzielne i jednoznaczne stwierdzenie, w jaki sposób dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy wymaganej w części V ust. 2 SWZ szczególnie, iż wraz z ofertą wykonawca nie złożył żadnych informacji lub dowodów pozwalających na jednoznaczne wyjaśnienie powstałych wątpliwości na gruncie obu ww. dokumentów.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący, pismem z dnia 3 października 2022 r., wyjaśnił, że spółka AGROBUDOVA S.A. złożył oświadczenie wg. wzoru zał. Nr 2 ze

stanem prawnym na dzień składania ofert, tj. 23.09.2022 r. Dokument JEDZ został prawidłowo wypełniony, a zawarte w nim informacje były aktualne na dzień składania oferty. Wpisy, które są ujawnione w KRS dotyczą zgodnie Prawem Restrukturyzacyjnym: wpisu o otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego, zatwierdzenia układu oraz co za tym idzie wykreśleniu z funkcji nadzorczej Nadzorca Sądowego (Dział 6, Rubryka 7, Podrubryka 1). W przypadku gdy układ został wykonany nie dokonuje się wpisu w Dział 6, Rubryka 7, Lp. 3. Wykonanie układu potwierdzane jest zawsze przez Sąd Rejonowy właściwy dla danego podmiotu, na potwierdzenie czego złożył „prawomocne postanowienie Sądu Rejonowego dla Wrocławia – Fabrycznej we Wrocławiu VIII Wydział Gospodarczy dla Spraw upadłościowych i restrukturyzacyjnych z dnia 20.04.2021 r. o wykonaniu układu.

Pismem z dnia 7 października 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 110 ust. 1 ustawy Pzp, podnosząc że w przedmiotowym postępowaniu wskazał w SWZ jedną z przesłanek wykluczenia fakultatywnych tj. przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, a to w części V ust. 2 SWZ a tym samym odrzucił jego ofertę. Zamawiający wskazał m.in., że badając złożone wyjaśnienia, oraz weryfikując złożone oświadczenia wraz z załącznikami stwierdził, iż zachodzi przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na art. 109 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, tj. Lider Konsorcjum Agrobudova S.A. (Numer KRS: 0000523591) zawarł układ z wierzycielami i taki stan rzeczy potwierdza podmiotowy środek dowodowy jakim jest odpis z KRS wykonawcy. O ile zgodzić się należy z faktem, iż odpisy KRS ww. podmiotu poprzez dokonane wpisy informują o wszczętym postępowaniu restrukturyzacyjnym, które zakończyło się zatwierdzeniem układu („wpis: 0703.2019r., zakończenie przez zatwierdzenie układu”) o tyle przy obu wpisach widnieje odpowiednia data ich wpisu: 16.08.2018r. i 03.10.2019r. Nadzorca sądowy został wykreślony wpisem z dnia 03.10.2019r. W dziale 6 KRS nie dokonywano żadnych innych wpisów ani wykreśleń – także w 2021 i 2022 roku, czego dowodzi odpis pełny z KRS. Wykonawca potwierdził oświadczeniem z dnia 03.10.2022r. iż jego oświadczenie w JEDZ, że nie zawarł układu z wierzycielami, jest prawidłowe. Winien zatem albo ww. wykazać, na co dowodem wg powołanego wyżej Rozporządzenia jest odpis z KRS (do pobrania z ogólnodostępnego publikatora w każdym momencie) albo wyjaśnić i udokumentować wskazywany stan rzeczy. Wykonawca dołączył do oświadczenia informację – wydruk – niepodpisany przez podmiot wydający – Postanowienie z dnia 20 kwietnia 2021r. sygn. akt. VIII GReu 19/20. Informacja ta jest informacją podpisaną jedynie przez wykonawcę, natomiast nie jest w żaden sposób uprawdopodobniony fakt wydania ww. postanowienia takiej treści, w szczególności nie jest to kopia postanowienia sądowego (bez jakiegokolwiek pieczęci, podpisu, adnotacji sądowej itp. – jedynie sam tekst na czystych stronach). Dodatkowo wykonawca stwierdził, iż ww.

postanowienie jest prawomocne. Nie przedstawił jednak na potwierdzenie powyższego żadnych dowodów.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę (...) w stosunku do którego otwarcie likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność została zawieszona, albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury”.

Przepis ten zawiera jedną z fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, która obejmuje m.in. każdy rodzaj układu z wierzycielami. Fakultatywne przesłanki wykluczenia mogą być stosowane przez Zamawiającego według jego uznania, odpowiednio do celów, jakie chce osiągnąć, dopuszczając do postępowania wykonawców o określonych cechach.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zamieścił stosowne postanowienie dotyczące tej przesłanki wykluczenia a więc wskazał, że z postępowania zostanie wykluczony ten wykonawca, który znajduje się w sytuacji wskazanej w tym przepisie.

Dokumentem, który - zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415) oraz treścią SWZ - miał potwierdzać brak podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu miał być „odpis lub informacja z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, sporządzona nie wcześniej niż 3 miesiące przed złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji. W przypadku, gdy odpis jest dostępny bezpłatnie w publicznej bazie danych zamawiający nie wymaga złożenia odpisu.”. I taki dokument Zamawiający pobrał. W odpisie aktualnym z KRS wykonawcy Agrobudova S.A. - Lidera konsorcjum (Numer KRS: 0000523591) w Dziale 6, Rubryka 7 - Informacje o postępowaniach restrukturyzacyjnych, o postępowaniu naprawczym lub o przymusowej restrukturyzacji, w punkcie lp. 1 „Informacje o otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego albo wszczęciu postępowania naprawczego, albo wszczęciu przymusowej restrukturyzacji” znajduje się wpis o treści: „Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu, przyspieszone postępowanie układowe, 03.08.2018, sygn. akt. VIII GR 27/18, postępowanie restrukturyzacyjne.” Natomiast w lp. 2 „Informacje o ukończeniu postępowania restrukturyzacyjnego albo naprawczego, albo o zakończeniu przymusowej restrukturyzacji” znajduje się wpis o treści: „07.03.2019, Zakończenie przez zatwierdzenie układu”, a w rubryce lp. 3 „Informacja o uchyleniu układu” brak jest jakiegokolwiek wpisu. Powyższe (dane zawarte w aktualnym odpisie z KRS) pozostaje więc

w sprzeczności z treścią złożonego przez wykonawcę JEDZ we wskazanym zakresie. Wykonawca, wpisując w JEDZ (Część III, sekcja C) „NIE” na pytanie czy wykonawca zawarł układ z wierzycielami oraz, pozostawiając bez odpowiedzi prośbę o opis tej sytuacji, wskazał na brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Tymczasem informacje zawarte w aktualnym odpisie z KRS nie zawierają informacji, że „układ został wykonany” a zawierają informację o „Zakończeniu przez zatwierdzenie układu”. To KRS jest przecież jedynym dokumentem, który w odniesieniu do wskazanej wyżej przesłanki potwierdza brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Także wykonawca wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień nie wykazał, że sytuacja ta nie miała już miejsca w dniu składania ofert, a więc w dniu 23 września 2022 r. Wykonawca oświadczył bowiem, że JEDZ jest wypełniony prawidłowo a dane w nim zawarte są aktualne. Na dowód czego przedłożył wydruk Postanowienia z dnia 20 kwietnia 2021r. w sprawie o sygn. akt. VIII GReu 19/20, z treści którego wynika, iż Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu, VIII Wydział Gospodarczy dla Spraw upadłościowych i restrukturyzacyjnych „postanawia: stwierdzić wykonanie układu zawartego w przyspieszonym postępowaniu układowym dłużnika – AGROBUDOVA S.A. (...)”.

Wydruk ten – jak podkreślał Odwołujący – został pobrany z systemu teleinformatycznego. Pobrany samodzielnie wydruk orzeczenia ma moc urzędowo poświadczonego odpisu. Aby tak się stało musi jednak posiadać cechy umożliwiające jego weryfikację z danymi zawartymi w systemie teleinformatycznym (art. 206 ust. ustawy z dnia 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne (tj.: 2021r., poz. 1588 z późn. zm.) w zw. z art. 228 ust. 2 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (tj. Dz. U. z 2022 r., poz. 15520)). Tymczasem dokument pochodzący od sądu, a uzyskany z systemu teleinformatycznego obsługującego postępowanie sądowe, ma moc dokumentu wydanego przez sąd, o ile ma cechy umożliwiające jego weryfikację w tym systemie. Cechy umożliwiające identyfikację takiego dokumentu zostały określone w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 września 2016 r. w sprawie sposobu i cech umożliwiających weryfikację istnienia i treści pisma w systemie teleinformatycznym obsługującym postępowanie sądowe (Dz. U. z 2016 r., poz. 1422). W myśl tych przepisów do weryfikacji istnienia i treści pisma konieczne jest, aby zostało ono opatrzone informacją, która umożliwia jednoznaczne zweryfikowanie istnienia i treści pisma w systemie teleinformatycznym. Weryfikacja istnienia i treści pisma następuje w systemie teleinformatycznym obsługującym postępowanie sądowe i odbywa się za pośrednictwem usługi udostępnianej na stronie internetowej. Informacja taka zawiera niepowtarzalny identyfikator, który umożliwia weryfikację pisma z danymi zawartymi w systemie teleinformatycznym: adres strony internetowej, na której jest udostępniana usługa; oznaczenie danych adresowych sądu, od którego pochodzi pismo; informację o dacie,

godzinie, minucie i sekundzie, w której nastąpiło pobranie pisma; wskazanie ilości stron jakie liczy pismo, oraz oznaczenie numeru każdej strony; nazwę pisma; klauzulę, że pismo posiada moc pisma wydanego przez sąd, bez opatrywania go w pieczęć urzędową i podpis upoważnionego pracownika. Cech tych przedłożony dokument nie posiada.

Brak jest także dowodów na to, że powoływane przez Odwołującego postanowienie jest prawomocne, w tym dokumentów fakt ten potwierdzających.

W tym miejscu warto zauważyć, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradiktoryjny. Przygotowanie i zgromadzenie materiału procesowego (faktycznego i dowodowego) należy do stron i uczestników postępowania. To oni powinni więc potwierdzić prawdziwość lub nieprawdziwość twierdzeń o faktach, na które się powołują i przedstawić stosowne dowody. A takich dowodów Odwołujący nie przedstawił. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: