

Sygn. akt KIO 1248/21

WYROK
z dnia 1 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę EUVIC IT S.A. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie działającego przez PGE Dystrybucja S.A. Oddział w Łodzi

przy udziale wykonawcy Gallup Arteria Menagement Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego oraz wykonawcy K2 Dystrybucje Sp. z o.o. Sp. k. w Gdyni zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża EUVIC IT S.A. w Krakowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez EUVIC IT S.A. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od EUVIC IT S.A. w Krakowie na rzecz PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie działającego przez PGE Dystrybucja S.A. Oddział w Łodzi kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie działający przez PGE Dystrybucja S.A. Oddział w Łodzi – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia na zakup usługi zapewniającej obsługę połączeń oraz zgłoszeń kierowanych do PGE Dystrybucja S.A. numer alarmowy 991. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 251-633626. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

26 kwietnia 2021 r. wykonawca EUVIC IT S.A. w Krakowie 16 kwietnia 2021 r. wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w związku z art. 24 ust. 4 Pzp i art. 7 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy K2 Dystrybucje Sp. z o.o. Sp. k., mimo iż podlega on wykluczeniu z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd co do braku przesłanek wykluczenia z postępowania, zatajenie informacji o podleganiu wykluczeniu, a także wprowadzenie zamawiającego w błąd co do istotnych okoliczności mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
2. art. 91b ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaproszenie do udziału w aukcji wykonawcy, który złożył w postępowaniu ofertę podlegająca odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej zaplanowanej na 27 kwietnia 2021 r. i odwołanie aukcji elektronicznej planowanej na ten dzień;
2. powtórzenia czynności badania ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu i w jej konsekwencji wykluczenie wykonawcy K2 Dystrybucje Sp. z o.o. Sp. k. i uznanie jego oferty za odrzuconą zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 4 Pzp;
3. zaproszenie do aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że wykonawca K2 Dystrybucje Sp. z o.o. Sp. k. składając ofertę złożył jednocześnie oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu, a w dokumencie JEDZ w części III sekcji C na pytanie

„Czy wykonawca może potwierdzić, że:

a) nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;

b) nie zataił tych informacji;

c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający;

oraz

d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?"

odpowiedział „NIE”.

Odwołujący wskazał, że wykonawca nie przedstawił żadnych informacji ani dokumentów, które mogłyby wykazać, że zastosował się do określonej w art. 24 ust. 8 Pzp procedury selfcleaning. Wywodził, że w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego na „Zakup usługi outsourcingu Contact Center dla Telefonicznego Centrum Zgłoszeniowego PGE Dystrybucja SA” wszczętym w 15 maja 2019 r., wykonawca ten został wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp wobec złożenia przez niego nieprawdziwych informacji (poważnego, celowego wprowadzenia w błąd) w zakresie spełniania warunków udziału w tamtym postępowaniu, powołując się na zrealizowanie usługi, co do której nie zawarł nawet umowy. Okoliczność wprowadzenia zamawiającego w błąd w tamtym postępowaniu została potwierdzona wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 23 lipca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1287/19.

Odwołujący zwrócił uwagę, że już samo złożenie powyższego oświadczenia w tym postępowaniu, niezależnie od wcześniejszego wprowadzenia zamawiającego w błąd stwierdzonego wyrokiem Izby jest kolejnym wprowadzeniem zamawiającego w błąd, co powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy, który nie poddał się instytucji selfcleaning.

Odwołujący zaznaczył jednocześnie, że na tym etapie zastosowanie takiej procedury byłoby niemożliwe, gdyż składając oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu K2 Dystrybucje Sp. z o.o. Sp. K. kolejny raz wprowadził zamawiającego w błąd, co jest samodzielną i odrębną przesłanką wykluczenia go z udziału w postępowaniu.

Z ostrożności procesowej odwołujący wskazał jednocześnie, że przesłanka wykluczenia jest aktualna względem K2 Dystrybucje Sp. z o.o. Sp. K., mimo iż orzeczenie wydane w sprawie KIO 1287/19 dotyczy wykonawcy K2 Dystrybucja K. P. Sp. j. Wyjaśnił, że

zgodnie z aktualnym odpisem KRS - spółka K2 Dystrybucje Sp. z o.o. sp.k. która to złożyła ofertę w postępowaniu, powstała z przekształcenia firmy K2 Dystrybucje K. P. Sp. J. uchwałą z 5 sierpnia 2019. Tym samym spółka K2 Dystrybucje Sp. z o.o. Sp. K. jest kontynuatorem działalności spółki K2 Dystrybucje K. P. Sp. J. Odwołujący zwrócił uwagę, że K2 Dystrybucje Sp. z o.o. Sp. K. dla wykazania niezbędnego doświadczenia, powołuje się na realizację usług referencyjnych, które realizowane były, gdy wykonawca ten funkcjonował w poprzedniej formie organizacyjnej - spółce jawnej. Wskazując na art. 553 k.s.h. podkreślił, że spółce przekształconej przysługiwać będą wszystkie prawa i obowiązki z umów zawartych przez spółkę przekształcaną w wyniku przeprowadzenia postępowania uregulowanego przepisami Pzp jak również wszelkie prawa i obowiązki przysługujące dotychczas spółce przekształconej w postępowaniach uregulowanych przepisami Pzp, w tym dotyczące stosunków procesowych, czego rezultatem jest to, że orzeczenia wydane w postępowaniach z udziałem spółki przekształconej wiążą spółkę przekształconą.

Konkludując odwołujący oświadczył, że K2 Dystrybucje Sp. z o.o. Sp. k. podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a jego oferta podlega w związku z tym odrzuceniu zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp, co oznacza że biorąc pod uwagę jednoznaczne brzmienie art. 91b ust. 1 Pzp, wykonawca ten nie może zostać zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie przez Izbę dowodów z akt sprawy KIO 1287/19 celem wykazania okoliczności zaistnienia przesłanki wykluczenia K2 Dystrybucje Sp. z o.o. Sp. k. z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, aktualnego odpisu z KRS K2 Dystrybucje Sp. z o.o. Sp. k. oraz kopii pisma do zamawiającego z 19 lutego 2021 r., w którym odwołujący wskazał na podstawy do wykluczenia K2 Dystrybucje Sp. z o.o. Sp. k. z udziału w postępowaniu.

Wykonawca Gallup Arteria Menagement Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, wykonawca K2 Dystrybucje Sp. z o.o. Sp. k. w Gdyni przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący zachowali termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu, wnieśli odpowiednio o uwzględnienie i o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje

się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej jako: „nPzp”, natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 nPzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Okoliczności faktyczne badanego postępowania Izba uznała za niesporne. Rozstrzygnięcie zarzutów odwołania wymaga odniesienia się do kilku zagadnień.

Po pierwsze, Izba zgodziła się z odwołującym, że w przypadku przekształcenia K2 Dystrybucje K. P. Sp. j. w K2 Dystrybucje Sp. z o.o. Sp. K. zachowana jest tożsamość podmiotu przekształconego i przekształcanego. Zmianie ulega jedynie forma prawna istniejącego podmiotu. Stosownie do art. 553 k.s.h. spółce przekształconej przysługują wszelkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej. W przywołanym przepisie mowa jest o tym, że prawa i obowiązki "przysługują", co oznacza, że przysługują one spółce przekształcanej również po przekształceniu, czyli spółka jest cały czas ex lege podmiotem tych praw i obowiązków (vide: A. Kidyba - Komentarz aktualizowany do art. 553 Kodeksu spółek handlowych, 2016.09.30). Zasada kontynuacji w aspekcie cywilnoprawnym oznacza, że treść stosunków prawnych spółki przekształcanej, łączących ją z „otoczeniem rynkowym” (osobami trzecimi), nie ulega zmianie. Zasada kontynuacji w aspekcie cywilnoprawnym dotyczy zatem nie tylko stosunków prawnych ex contractu, ale także z innych podstaw, przykładowo: deliktowej, z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia). Zasada ta dotyczy także sfery prawa procesowego, nie zachodzi zatem zmiana strony procesu, orzeczenia zaś wydane na rzecz albo przeciwko spółce przekształcanej są skuteczne wobec spółki przekształconej (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z 12 stycznia 2017 r. sygn. akt VI CZ 4/17 <http://orzeczenia.ms.gov.pl> data dostępu: 7 czerwca 2021 r.). W konsekwencji orzeczenie Izby w sprawie KIO 1287/19 nakazujące wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy K2 Dystrybucje K. P. Sp. j. dotyczy również K2 Dystrybucje Sp. z o.o. Sp. k. Izba

stoi jednak na stanowisku, że konsekwencje tej konstatacji powinny być indywidualnie ustalane w konkretnych okolicznościach danego przypadku.

Po drugie, zdaniem Izby skutki wywodzone przez uczestników sporu z oświadczenia złożonego przez K2 Dystrybucje Sp. z o.o. Sp. k. w JEDZ w części III sekcji C rozmiągają się z jego literalnym brzmieniem. Wykonawca oświadczył bowiem, że nie może potwierdzić, tego, że:

- a) nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;
- b) nie zataił tych informacji;
- c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający;
- d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia. Zatem na podstawie treści tego oświadczenia nie można utrzymywać, że nastąpiła próba zatajenia wcześniejszego wprowadzenia zamawiającego w błąd. W takiej sytuacji zamawiający byłby uprawniony do tego, aby w kolejnych krokach badać tę kwestię oraz ewentualnie wyzwać do wykazania podjętych przez wykonawcę działań naprawczych mających na celu zapobieganie podobnym naruszeniom w przyszłości (selfcleaning). Taki model postępowania byłby właściwy, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia toczyło się na podstawie nPzp.

Po trzecie, Izba uznała, że nie doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego, ani do zatajenia informacji mających znaczenie dla podmiotowej oceny wykonawcy. Wcześniejsze wykluczenie z udziału w postępowaniu przez K2 Dystrybucje Sp. z o.o. Sp. k. nie skutkuje obowiązkiem dokonania przez zamawiającego czynności wykluczenia tego wykonawcy w badanym postępowaniu. Przede wszystkim przepisy ustawy obowiązującej do 1 stycznia 2021 r., na podstawie których toczy się postępowanie, nie przewidywały w odniesieniu do podstaw wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp okresu, w jakim wykonawca podlega wykluczeniu. Wynika to wprost z art. 24 ust. 7 Pzp, który statuuje okres karencji wykonawcy w odniesieniu do wykluczenia na podstawie poszczególnych punktów art. 24 ust. 1, a pomija pkt 16 i 17. W związku z tym uznać należy, że wprowadzenie w błąd zamawiającego może nastąpić tylko skutkiem oświadczenia złożonego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a nie w postępowaniu prowadzonym wcześniej. Należy przypomnieć, że przepisy dotyczące podstaw wykluczenia, jako normy o charakterze sankcyjnym, podlegają wykładni ścisłej i nie mogą być rozszerzane na stany faktyczne, których norma nie wymienia. Istotnie, przepisy dotyczące wykluczenia wykonawcy,

który wprowadził zamawiającego w błąd, mają na celu ochronę zamawiającego przed udzieleniem zamówienia wykonawcy nierzetelnemu. Jednak te względy celowościowe, nie mogą skutkować wykluczeniem, dla którego ustawa nie przewiduje podstawy prawnej. Zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia pisemności i przejrzystości nie pozwalają na to, aby zamawiający po złożeniu ofert wywodził z ustawy konsekwencje, które nie są przewidziane w przepisach. Wymaga tego pewność prawa.

W przepisach nPzp ustawodawca przewidział wykluczenie wykonawcy, który wprowadził w błąd zamawiającego. Art. 111 pkt 5) i 6) nPzp stanowią odpowiednio o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na okres 2 lat i roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Jak wskazano wcześniej, przepisy ustawy nie przewidują takiej regulacji.

Skoro K2 Dystrybucje Sp. z o.o. Sp. k. nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, oferta tego wykonawcy nie może być uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Zaproszenie wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej nie narusza art. 91b ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był odwołujący, którego Izba obciążyła również kosztami wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł zgodnie z § 5 pkt 2 lit.b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: