

Sygn. akt: KIO 625/10

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Justyna Tomkowska
Paweł Trojan
Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 kwietnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum Wykonawców: „Konsalnet” S.A. (lider konsorcjum); „Konsalnet Security” sp. z o.o. (partner); „Konsalnet Skorpion” sp. z o.o. (partner); „Konsalnet System” sp. z o.o. (partner) oraz „Konsalnet Skorpion Monitoring” sp. z o.o. (partner)** z adresem dla lidera konsorcjum: **ul. Przasnyska 6A, 01-756 Warszawa** w dniu 12 kwietnia 2010 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Mazowiecka Spółka Gazownictwa Sp. z o.o., Oddział Zakład Gazowniczy w Warszawie, ul. Al. Jerozolimskie 179, 02-222 Warszawa.**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, jak również nakazuje dokonanie czynności ponownej oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,**

- 2. Kosztami postępowania obciąża Mazowiecką Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o., Oddział Zakład Gazowniczy w Warszawie, ul. Al. Jerozolimskie 179, 02-222 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum Wykonawców: „Konsalnet” S.A. (lider konsorcjum); „Konsalnet Security” sp. z o.o. (partner); „Konsalnet Skorpion” sp. z o.o. (partner); „Konsalnet System” sp. z o.o. (partner) oraz „Konsalnet Skorpion Monitoring” sp. z o.o. (partner)** z adresem dla lidera konsorcjum: **ul. Przasnyska 6A, 01-756 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Mazowiecką Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o., Oddział Zakład Gazowniczy w Warszawie, ul. Al. Jerozolimskie 179, 02-222 Warszawa** na rzecz **Konsorcjum Wykonawców: „Konsalnet” S.A. (lider konsorcjum); „Konsalnet Security” sp. z o.o. (partner); „Konsalnet Skorpion” sp. z o.o. (partner); „Konsalnet System” sp. z o.o. (partner) oraz „Konsalnet Skorpion Monitoring” sp. z o.o. (partner)** z adresem dla lidera konsorcjum: **ul. Przasnyska 6A, 01-756 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 28 kwietnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 625/10

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego w sprawie wyboru Wykonawcy usługi ochrony fizycznej osób i mienia wraz z montażem elektronicznego systemu ochrony obiektu w siedzibie Mazowieckiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. Oddział Zakład Gazowniczy Warszawa w Alejach Jerozolimskich 179 w Warszawie, zostało wszczęte przez Mazowiecką Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o., Oddział Zakład Gazowniczy w Warszawie, ul. Al. Jerozolimskie 179, 02-222 Warszawa zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 25 - 035964 w dniu 5.02.2010 r.

W dniu 2.04.2010 r. (pismo z dnia 1.04.2010 r.) faxem Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej konsorcjum Wykonawców: „G4S Security” Sp. z o.o. (lider), „G4S Security Systems (Polska)” Sp. z o.o. (partner) oraz „G4S Security Services” SA (partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum G4S Security Sp. z o.o.”. Jednocześnie działając w trybie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” zawiadomił o wykluczeniu z postępowania konsorcjum Wykonawców „Konsalnet” S.A. (lider konsorcjum); „Konsalnet Security” sp. z o.o. (partner); „Konsalnet Skorpion” sp. z o.o. (partner); „Konsalnet System” sp. z o.o. (partner) oraz „Konsalnet Skorpion Monitoring” sp. z o.o. (partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Przasnyska 6A, 01-756 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum Konsalnet S.A.” albo „Odwołującym” (art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp).

Powodem wykluczenia, jak wskazano było:

- 1) nie załączenie do oferty aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego zwanego dalej: „informacji z KRK” w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp (dotyczącej podmiotów zbiorowych), wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert dla „Konsalnet Skorpion” sp. z o.o., jakiej Zamawiający wymagał od wszystkich członków konsorcjum zgodnie z treścią pkt 8.1.7. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” oraz zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z dnia 25.03.2010 r. do uzupełnienia oferty. Wykonawca bowiem w wymaganym terminie ponownie (tak jak w ofercie) przedstawił informację z KRK wystawioną dla Agencji Ochrony „SKORPION SECURITY” sp. z o.o., zamiast dla „Konsalnet Skorpion” sp. z o.o., czego żądał Zamawiający w swoim wezwaniu.
- 2) nie załączenie do oferty aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego zwanego dalej: „zaświadczeniem z US” potwierdzającego, że Wykonawca nie

zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert dla „Konsalnet Skorpion Monitoring” sp. z o.o. oraz „Konsalnet Skorpion” sp. z o.o.; jakiego Zamawiający wymagał od wszystkich członków konsorcjum zgodnie z treścią pkt 8.1.8. SIWZ oraz zgodnie z dnia 25.03.2010 r. do uzupełnienia oferty. Wykonawca w wymaganym terminie ponownie (tak jak w ofercie) przedstawił zaświadczenie z US wystawione dla Agencji Ochrony „SKORPION SECURITY” sp. z o.o. oraz dla „SKORPION GRUPA” sp. z o.o., zamiast dla „Konsalnet Skorpion Monitoring” sp. z o.o. oraz „Konsalnet Skorpion” sp. z o.o. czego żądał Zamawiający w swoim wezwaniu. Zamawiający odnotował, iż do obydwu przesłanych zaświadczeń zostało dołączone zgłoszenie aktualizacyjne NIP-2.

3) nie załączenie do oferty aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego zwanego dalej: „zaświadczeniem z ZUS” potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert dla „Konsalnet Skorpion Monitoring” sp. z o.o. oraz „Konsalnet Skorpion” sp. z o.o. jakiego Zamawiający wymagał od wszystkich członków konsorcjum zgodnie z treścią pkt 8.1.9. SIWZ oraz zgodnie z dnia 25.03.2010 r. do uzupełnienia oferty. Wykonawca w wymaganym terminie ponownie (tak jak w ofercie) przedstawił zaświadczenie z ZUS wystawione dla Agencji Ochrony „SKORPION SECURITY” sp. z o. o. oraz dla „SKORPION GRUPA” sp. z o.o. zamiast dla „Konsalnet Skorpion Monitoring” sp. z o.o. oraz „Konsalnet Skorpion” sp. z o.o. czego żądał Zamawiający w swoim wezwaniu. Zamawiający odnotował, iż do obydwu przesłanych zaświadczeń zostało dołączone zgłoszenie ZUS PZPA. Zamawiający stwierdził, że jedynym prawidłowo uzupełnionym dokumentem, zgodnie z wezwaniem z dnia 25.03.2010 r. jest koncesja uprawniająca do wykonywania usługi przez „Konsalnet Skorpion Monitoring” sp. z o.o.

W dniu 12.04.2010 r. (wpływ do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 Pzp, *Konsorcjum Konsalnet S.A.* wniosło odwołanie na wybór oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenie z udziału w postępowaniu. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 12.04.2010 r. (faxem). W szczególności odwołanie wniesiono w zakresie:

- 1) wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) wykluczenie z postępowania Odwołującego,
- 3) naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez odstępstwo od zasady równości i uczciwej konkurencji podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, jak również art. 7 ust. 2

Pzp, co wynika z uzasadnienia,

4) naruszenia art. 91 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp.

Zamawiający naraził Odwołującego na:

- 1) poniesienie kosztów związanych z postępowaniem,
- 2) zamknięcie dostępu do rynku,
- 3) straty związane z przedłużającą się procedurą udzielenia zamówienia publicznego.

W związku z powyższym wnosił o uwzględnienie odwołania i wydanie orzeczenia obejmującego:

1. uchylenie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego,
2. nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności w postaci wyboru oferty uznanej w niniejszym postępowaniu za najkorzystniejszą,
 - b) ponownego przeprowadzenia czynności związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej w ramach ofert złożonych zgodnie z prawem (oferty Odwołującego włącznie).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 25.03.2010 r. wezwał jego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3 Pzp następujących dokumentów:

- a) informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp wystawionej dla podmiotu zbiorowego Konsalnet Skorpion sp. z o.o.,
- b) zaświadczenia z US wystawionego dla Konsalnet Skorpion sp. z o.o. oraz Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o.o., potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłaceniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,
- c) zaświadczenia z ZUS wystawionego dla Konsalnet Skorpion sp. z o.o. oraz Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o. o potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji organu - wystawionego wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,
- d) koncesji Konsalnetu Skorpion Monitoring sp. z o.o. Odwołujący stwierdził, że załączył do oferty odpowiednie zaświadczenia z US oraz ZUS z tym, że były one wystawione odpowiednio na Agencję Ochrony Skorpion Security sp. z o.o.(obecnie Konsalnet Skorpion sp. z o.o.) oraz Skorpion Grupa sp. z o.o.(obecnie Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o.o.). W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący poprawnie przekazał Zamawiającemu wymagane dokumenty wraz ze zgłoszeniami aktualizacyjnym NIP-2 oraz ZUS PZPA (dołączonymi do

zaświadczeń z US oraz ZUS), informację z KRK Konsalnet Skorpion Sp. z o.o. (dawna nazwa Spółki Agencja Ochrony Skorpion Security sp. z o.o.) oraz w piśmie przewodnim dokładnie wyjaśnił z czego wynikają rozbieżności w nazwach spółek. Zauważył, że Zamawiający bez dodatkowych wyjaśnień zaakceptował dokumenty koncesyjne spółki Konsalnet Skorpion sp. z o.o., a po złożeniu wyjaśnień oraz uzupełniania dokumentów przez Odwołującego zaakceptował również dokumenty koncesyjne spółki Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o.o. Dokumenty koncesyjne były wystawione odpowiednio na Agencję Ochrony Skorpion Security sp. z o.o. oraz Skorpion Grupę sp. z o.o., a dołączone do nich dokumenty (Decyzje MSWiA) potwierdzały fakt zmiany nazw wspomnianych wyżej spółek odpowiednio na Konsalnet Skorpion Sp. z o.o. oraz Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o.o.

W takiej sytuacji w ocenie Odwołującego Zamawiający zapoznał się z historią zmian nazw spółek, a dokumenty dołączone na ich potwierdzenie uznał za satysfakcjonujące. W związku z powyższym niezrozumiałym jest, że z powodu rozbieżności w nazwach spółek Zamawiający nie uznał zaświadczeń z US i ZUS spółek Konsalnet Skorpion sp. z o.o. oraz Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o.o. oraz informacji z KRK dla Konsalnet Skorpion sp. z o.o. oraz uznał, że brak tych dokumentów jest podstawą do wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze argumenty podniesione w uzasadnieniu faktycznym, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 2 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp. Wykluczając Odwołującego z postępowania Zamawiający, w jego ocenie, wykazał się rażącym brakiem obiektywizmu oraz bezstronności, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 2 Pzp. Zamawiający bowiem powinien dołożyć wszelkich starań do utrzymania wykonawców w postępowaniu, co koresponduje z naczelnym celem Pzp, jakim jest zapewnienie racjonalnego i sprawnego wydatkowania wydatków publicznych. Pogląd taki oparł na wyroku KIO z dnia 8.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1401/09.

Zamawiający w dniu 13.04.2010 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust. 1 Pzp Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 26.04.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której nie uwzględnił zarzutów Odwołującego.

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący do oferty nie załączył żadnego oświadczenia zawierającego wyjaśnienie braku przedmiotowych dokumentów, a które winien zgodnie z SIWZ załączyć do oferty celem potwierdzenia spełnienia warunków uczestnictwa, ani też oświadczenia zawierającego wyjaśnienie rozbieżności istniejących pomiędzy nazwami spółek tworzących konsorcjum, a dokumentami załączonymi przez niego do oferty.

Zamawiający stwierdził, że w ramach uzupełnienia Odwołujący nie załączył, żadnych innych dokumentów niż są w ofercie, a w szczególności pełnych odpisów KRS przedmiotowych spółek potwierdzających okoliczność zmiany nazwy.

W związku z nie załączeniem przedmiotowych dokumentów, ani też nie wykazaniem innymi dokumentami okoliczności na którą powoływał się Odwołujący tj. zmiany nazw spółek, Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania. Podniósł, że po pierwsze z powodu niedochowania należytej staranności i nie załączenia wymaganych zgodnie z przepisami przez Zamawiającego stosownych dokumentów. Zamawiający bowiem postawił jasne i jednakowe warunki jakie powinien spełniać każdy wykonawca i spełnienia tych warunków domagał się od każdego wykonawcy, który złożył swoją ofertę. Wykonawcy, którzy złożyli swoje oferty z wyjątkiem Odwołującego przedłożyli stosowne dokumenty. Odwołujący, wiedząc o stawianych warunkach i tym samym konieczności ich spełnienia przez niego, wiedząc również, że nie jest w stanie spełnić tych warunków w stosunku dwóch podmiotów członków konsorcjum tj. „Konsalnet Skorpion” sp. z o.o. oraz „Konsalnet Skorpion Monitoring” sp. z o.o. podjął decyzję o wspólnym ubieganiu się o zamówienie wraz z tymi podmiotami mimo, iż art. 23 Pzp nie nakłada takiego obowiązku, a jedynie daje takie uprawnienie wykonawcom i mimo, iż Zamawiający nie stawiał warunku zakazującego podwykonawstwa przy wykonywaniu usługi Odwołujący podjął jednak wbrew utrwalonemu w orzecznictwie stanowisku decyzję o udziale tworząc konsorcjum, a następnie traktując w sposób wybiórczy warunki uczestnictwa postawione przez Zamawiającego, złożył przygotowaną bez zachowania należytej staranności swoją ofertę, przedkładając dogodne dla siebie dokumenty i nawet nie starając się wyjaśnić rozbieżności istniejących pomiędzy nazwami spółek tworzących konsorcjum i załączonymi do oferty dokumentami (wyrok ZA z dnia 13.02.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-347/06). W orzeczeniu tym wskazano, iż wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, nie może być rozumiane jako uprawnienie do wybiórczego przedkładania przez wykonawców dokumentów wymaganych w SIWZ.

Odwołujący nie widzi nic nieprawidłowego w swoim postępowaniu, oczekuje natomiast, jak wynika z odwołania, określonych zachowań po stronie Zamawiającego, tj. iż, Zamawiający domyśli się jakie przekształcenia następowały po stronie wykonawcy i wyciągnie z nich odpowiednie wnioski. W wyroku ZA z dnia 2.06.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1565/06 wskazano, iż wykonawca przedkładający ofertę powinien dochować przy jej opracowaniu należytej staranności. W wyroku zaś z dnia 5.10.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2550/06 określono, iż obowiązkiem wykonawców jest składanie wymaganych przez Zamawiającego dokumentów.

W odpowiedzi na wezwanie prawidłowo została uzupełniona oferta jedynie o decyzję 3 do koncesji nr L-0409/01 z dnia 2.03.2010 r. wystawioną na Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o.o., w pozostałym zakresie Odwołujący nie uzupełnił oferty mimo, iż

powinien się liczyć, iż nie załączenie dokumentów skutkowało będzie zgodnie z przepisami jego wykluczeniem z postępowania. Mimo takiej świadomości, przesłał te same dokumenty, które zostały załączone do oferty, wskazując jedynie w piśmie przewodnim, że jest to jedynie zmiana nazwy bowiem świadczą o tym załączone dokumenty oraz NIP i REGON. Odwołujący nie załączył też żadnych innych dokumentów na potwierdzenie okoliczności zmiany firmy. Zdaniem Zamawiającego decyzja ta była słuszna i zgodna z obowiązującymi przepisami. Warto wskazać, iż zgodnie z orzecznictwem w takiej sytuacji Zamawiający był wręcz zobowiązany do wykluczenia odwołującego i nie mógł podjąć innej decyzji (wyrok z dnia 24.10.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2662/06). W orzeczeniu zaś z dnia 21.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 314/08 KIO stwierdziła, iż wykonawca nie przedstawiając dokumentów, pomimo wezwania przez zamawiającego do ich uzupełnienia podlega wykluczeniu, podobnie w wyroku ZA z dnia 16.05.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1377/06 stwierdził, iż podstawą do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest brak wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W tym miejscu, wskazał także, iż wszystkie dokumenty z wyjątkiem koncesji na które powołuje się Odwołujący wystawione zostały w miesiącu styczniu, zaś ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w publikatorze unijnym w dniu 5.02.2010 r., co jednoznacznie wskazuje, że Odwołujący nawet nie podjął żadnych starań aby takie dokumenty pozyskać i załączyć je do oferty zgodnie z SIWZ.

Po drugie z powodu nie udowodnienia okoliczności na które powołuje się Odwołujący tj. że rozbieżności pomiędzy nazwami spółek tworzących konsorcjum i załączonymi dokumentami wynikają z faktu zmiany nazw. Zgodnie bowiem z art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego zwanego dalej: „kc”, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie zaś z art. 6 kc ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zgodnie z obowiązującymi przepisami, podstawowym dokumentem potwierdzającym fakt zmiany firmy jest odpis KRS. Odwołujący zaniechał czynności załączenia pełnych odpisów członków konsorcjum „Konsalnet Skorpion” sp. z o.o. oraz „Konsalnet Skorpion Monitoring” sp. z o.o. na etapie przygotowywania oferty mimo, iż wiedział o zmianie nazw, jak i o rozbieżnościach w przedkładanych do oferty dokumentach. Odwołujący nie załączył też żadnego oświadczenia wyjaśniającego brak takich dokumentów, ani wyjaśniającego rozbieżności istniejących w ofercie. Nie uczynił też tego na etapie późniejszym tj. uzupełniania dokumentów na skutek wezwania Zamawiającego, mimo, iż mógł to uczynić (wyrok ZA z dnia 13.11.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1329/07). Odwołujący również i na tym etapie nie zachował należytej staranności. W sposób niezgodny z art. 6 kc w zw. z art. 14 Pzp i nie korzystając z przysługującego mu uprawnienia do przedłożenia innych dokumentów uzupełniających, zaniechał przedłożenia

tego podstawowego dokumentu w postaci pełnego odpisu KRS ograniczając się jedynie do lakonicznego stwierdzenia, iż jest to jedynie zmiana firmy co wynika z nr NIP i REGON.

Odwołujący zachowując się w ten sposób, z własnej winy pozbawił również Zamawiającego możliwości zwrócenia się do Odwołującego o przedłożenie takiego dokumentu. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem doktryny jak również orzecznictwa wezwanie do uzupełnienia może być dokonane przez Zamawiającego tylko raz (wyrok KIO z dnia 27.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 27/09, wyrok KIO z dnia 2.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 172/09). Reasumując wskazał także, iż zdaniem Zamawiającego, to Odwołujący mimo ciężącego na nim obowiązku, nie zachował należytej staranności na każdym etapie postępowania przetargowego, począwszy od decyzji co do udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie możliwości spełnienia warunków udziału, jak również przy podejmowaniu decyzji wspólnego występowania tworząc konsorcjum z podmiotami które takich wymogów nie mogły spełnić mimo, iż warunki udziału były mu znane, jak również na etapie przygotowywania oferty, przede wszystkim przez nie załączenie wymaganych przez zamawiającego dokumentów dotyczących członków konsorcjum, a jedynie wybiórcze załączenie dogodnych dla siebie dokumentów i oczekując jednocześnie, iż Zamawiający dokona ich właściwej interpretacji i wyciągnie stosowne wnioski. Brak załączenia również wyjaśnienia z jego strony, będącego profesjonalistą w obrocie gospodarczym, rozbieżności istniejących w treści oferty. Odwołujący nie zachował należytej staranności również na etapie uzupełniania dokumentów zgodnie z wezwaniem Zamawiającego. Brak staranności nie powinien obciążać Zamawiającego, a wyłącznie sprawcę tych zaniedbań, tj. Odwołującego. Odwołujący nie udowodnił też zgodnie z art. 6 kc w zw. z art. 14 Pzp okoliczności zmiany firmy, nie przedstawił bowiem podstawowego dokumentu tj. pełnego odpisu KRS, który to dokument jest jedynym w świetle obowiązujących przepisów dokumentem potwierdzającym ten fakt. Wskazał również, że stanowisko Odwołującego, iż były to tylko zmiany firmy, nie pokrywa się z informacjami wynikającymi z załączonego do oferty aktualnego odpisu KRS członka konsorcjum Konsalnet Scorpion sp. z o.o. z dnia 22.01.2010 r. Z przedmiotowego odpisu KRS jednoznacznie bowiem wynika, iż spółka ta przechodziła zmiany podmiotowe w trybie art. 492 § 1 pkt 1 Ksh.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności ofertą Odwołującego pismem Zamawiającego z dnia 25.03.2010 r., odpowiedzią Odwołującego z dnia 26.03.2010 r. wraz załącznikami, odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust.1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty i wybór oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Odwołującego, Izba uznała za zasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zgodnie z pkt 7.2 SIWZ w celu potwierdzenia, że Wykonawca spełniania warunki, o których mowa w pkt 7.1 (m.in. posiadania uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania). Wykonawca ubiegający się o zamówienie zobowiązany jest wskazać, że: m.in. posiada koncesje, zezwolenia lub licencje. W przypadku, gdy ofertę składa kilku Wykonawców działających jako konsorcjum powyższy warunek musi spełniać każdy z nich (pkt 7.2.3). Zgodnie z pkt 8 SIWZ należało w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dołączyć do oferty m.in.: aktualny odpis z właściwego rejestru, aktualną informację z KRK dotyczącą podmiotów zbiorowych, aktualne zaświadczenie z US oraz ZUS-u oraz koncesje, zezwolenie lub licencje (pkt 8.1.5, 8.1.7, 8.1.8, 8.1.9 i 8.1.13).

W ramach złożonej oferty z dnia 12.03.2010 r. Odwołujący załączył odnośnie dwóch partnerów konsorcjalnych następujące sporne dokumenty tj.:

a) Aktualny odpis KRS Konsalnet Skorpion sp. z o.o., stan na dzień 22.01.2010 r. – Nr KRS 0000037008 (str. 38 – 48 oferty), ostatni wpis (Nr wpisu 32 – data 22.01.2010 r., data

rejestracji 13.09.2001 r., informacja o zmianie w umowie spółki (str. 2 z 9) – akt notarialny z dnia 7.12.2009 r. Rep. A Nr 4885/2009, NIP 5272027702 oraz REGON 012723083;

b) Aktualny odpis KRS Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o.o., stan na dzień 8.01.2010 r. – Nr KRS 0000037008 (str. 56 – 64 oferty), ostatni wpis (Nr wpisu 22 – data 7.01.2010 r., data rejestracji 21.08.2001 r., informacja o zmianie w umowie spółki (str. 2 z 9) – akt notarialny z dnia 7.12.2009 r. Rep. A Nr 4892/2009, NIP 5262484326 oraz REGON 016450794;

c) Informacja z KRK o podmiocie zbiorowym na rzecz Agencji Ochrony „Skorpion – Security” sp. z o.o. z dnia 13.01.2010 r. (str. 76 oferty) („NIE FIGURUJE” z dnia 15.01.2010 r.) – Nr KRS 0000043331;

d) Informacja z KRK o podmiocie zbiorowym na rzecz Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o.o. z dnia 13.01.2010 r. (str. 86 oferty) („NIE FIGURUJE” z dnia 15.01.2010 r.) – Nr KRS 0000037008;

e) Zaświadczenie z 18.01.2010 r. z US o braku zaległości podatkowych na dzień 18.01.2010 r. Agencji Ochrony „Skorpion – Security” sp. z o.o. (str. 94 – 95 oferty) - NIP 5272027702. Zgłoszenie aktualizacyjne (NIP-2), wypełnione 29.12.2009 r. o zmianie nazwy (zmiana w poz. 8 informacja z pola 9) (str. 96-99 oferty) na Konsalnet Skorpion sp. z o.o. - NIP 5272027702;

f) Zaświadczenie z 21.01.2010 r. z US o braku zaległości podatkowych na dzień 21.01.2010 r. Skorpion Grupa sp. z o.o. (str. 102 – 103 oferty) - NIP 5262484326. Zgłoszenie aktualizacyjne (NIP-2) o zmianie nazwy (zmiana w poz. 8 informacja z pola 9) (str. 104-107 oferty) na Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o.o. - NIP 5262484326;

g) Zaświadczenie z ZUS-u o nie zaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne z dnia 15.01.2010 r. wystawione na Agencje Ochrony „Skorpion – Security” sp. z o.o. (str. 110 oferty) oraz zgłoszenie zmiany ZUS PZPA z dnia 1.02.2010 r. (str. 111 oferty) „Skorpion – Security” sp. z o.o. nazwa skrócona – zmiana nazwy wraz z korektą danych na Konsalnet Skorpion sp. z o.o. Wskazano w obu dokumentach NIP 5272027702 oraz REGON 012723083;

h) Zaświadczenie z ZUS-u o nie zaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne z dnia 19.01.2010 r. wystawione na Skorpion Grupa sp. z o.o. (str. 113 oferty) oraz zgłoszenie zmiany ZUS PZPA z dnia 15.01.2010 r. (str. 114 oferty) Skorpion Grupa sp. z o.o. nazwa skrócona – zmiana nazwy wraz z korektą danych na Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o.o. Wskazano w obu dokumentach NIP 5262484326 oraz REGON 016450794;

i) Koncesja Nr L-0260/00 z dnia 15.03.2000 r. dla Agencji Ochrony „Skorpion –Security” sp. z o.o. (str. 154-155 oferty), decyzja do koncesji Nr L-0260/00 uwzględniająca żądanie o wydanie decyzji zmieniającej określającej aktualny stan faktyczny i prawny przedsiębiorcy oaz wykonywanej koncesjonowanej działalności gospodarczej Konsalnet Skorpion sp. z o.o.,

decyzja 2 do koncesji Nr L-0260/00 wpisująca m.in.: Konsalnet Skorpion sp. z o.o., KRS 0000043331, NIP 5272027702, wskazująca na zmianę nazwy dla Agencji Ochrony „Skorpion - Security” sp. z o.o. na Konsalnet Skorpion sp. z o.o., zgłoszoną zmianę, jak wskazano potwierdza odpis z KRS z dnia 22.01.2010 r. Nr KRS 0000043331, wynika też z aktu notarialnego z dnia 7.12.2009 r. Repertorium A nr 4885/2009 - obie z dnia 10.02.2010 r. (str. 156-159 oferty);

j) Koncesja Nr L-0409/01 z 25.06.2001 r. dla „GLOK” Sp. z o. o. (str. 172-173 oferty), decyzja do koncesji Nr L-0409/01 uwzględniająca żądanie Skorpion Grupa sp. z o.o. o wydanie decyzji zmieniającej określającej aktualny stan faktyczny i prawny przedsiębiorcy oraz wykonywanej koncesjonowanej działalności gospodarczej, decyzja 2 do koncesji Nr L-0409/01 wpisująca m.in.: Skorpion Grupa sp. z o.o., KRS 0000037008, NIP 5262484326, wskazująca na zmianę nazwy „GLOK” sp. z o. o. na Skorpion Grupa sp. z o.o. - obie z dnia 2.10.2009 r. (str. 174-177 oferty), jak i wniosek z dnia 16.12.2009 r. o dokonanie zmian w koncesji Nr L-0409/01, tj. zmianę nazwy spółki na Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o.o., z aktem notarialnym z dnia 7.12.2009 r. (str. od 178 do 179 oferty).

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 25.03.2010 r. o uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp zaświadczenia z US oraz ZUS-u dla Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o.o. oraz Konsalnet Skorpion sp. z o.o., informacji z KRS odnośnie podmiotów zbiorowych dla Konsalnet Skorpion sp. z o.o. oraz koncesji dla Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o.o.

W ramach uzupełnienia z dnia 26.03.2010 r. przedłożył te same dokumenty, co w ofercie za wyjątkiem decyzji 3 do koncesji Nr L-0409/01 z dnia 2.03.2010 r. wpisującej m.in.: Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o.o., KRS 0000037008, NIP 5262484326, wskazującej na zmianę nazwy Skorpion Grupa sp. z o.o. na Konsalnet Skorpion Monitoring ap. z o.o. Załączył także pismo przewodnie zawierające wyjaśnienie, że spółka Konsalnet Skorpion sp. z o.o. jest tą samą spółką co Agencja Ochrony „Skorpion –Security” sp. z o.o., z tym, że nastąpiła zmiana nazwy, co potwierdzają załączone do oferty dokumenty. Podobnie odniósł się do spółki Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o.o., która poprzednio nazywała się Skorpion Grupa sp. z o.o. Zmianę nazwy miały potwierdzać załączone dokumenty (koncesje, dokumenty dodatkowe do zaświadczeń z US i ZUS), a także numery NIP oraz REGON.

Zamawiający uznał tylko skuteczność uzupełnienia koncesji, a z uwagi na nieskuteczność uzupełnienia zaświadczenia z US oraz ZUS-u oraz informacji KRK wykluczył Odwołującego. Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że z dokumentów koncesyjnych partnerów konsorcjum złożonych do oferty odnośnie których dotyczy spór wynika, że są to te same podmioty, wskazują na to chociażby numery NIP. Należy bowiem zauważyć, jak stwierdza się

w wyroku z dnia 23.10.2002 r. NSA w Warszawie, sygn. akt: III SA 3478/00, iż: „(..) Zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy o NIP zgłoszenia identyfikacyjnego dokonuje się jednokrotnie, bez względu na rodzaj oraz liczbę opłacanych przez podatnika podatków, formę opodatkowania, liczbę oraz rodzaje prowadzonej działalności gospodarczej”. Zaś: „(..) Podstawową zasadą ustawy o podatku od towarów i usług jest reguła, że numer identyfikacyjny nadaje się raz. (..)”.

Dodatkowe należy wskazać, że złożony wraz z ofertą aktualny odpis KRS Konsalnet Skorpion sp. z o.o. zawierał nr KRS (KRS 0000043331), NIP (5272027702) oraz REGON (012723083), ten sam numer KRS zawarty był w informacji z KRK o podmiocie zbiorowym na rzecz Agencji Ochrony „Skorpion – Security” sp. z o.o. złożonej w ofercie, a na zaświadczeniu z 18.01.2010 r. z US Agencji Ochrony „Skorpion – Security” sp. z o.o. oraz zgłoszeniu aktualizacyjnym (NIP-2) - wskazano NIP 5272027702. Z kolei na zaświadczeniu z ZUS-u wystawionym na Agencje Ochrony „Skorpion – Security” sp. z o.o. oraz zgłoszeniu zmiany ZUS PZPA z dnia 1.02.2010 r. wskazano NIP 5272027702 oraz REGON 012723083. Decyzja 2 do koncesji Nr L-0260/00 wpisywała m.in.: Konsalnet Skorpion sp. z o.o., KRS 0000043331, NIP 5272027702 i wskazywała wprost na zmianę nazwy Agencji Ochrony „Skorpion - Security” sp. z o.o. na Konsalnet Skorpion sp. z o.o., powoływała się na odpis z KRS z dnia 22.01.2010 r. Nr KRS 0000043331 oraz akt notarialny z dnia 7.12.2009 r. Repertorium A nr 4885/2009.

Podobnie aktualny odpis KRS Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o.o. złożony wraz z ofertą zawierał KRS (KRS 0000037008), NIP (5262484326) oraz REGON (016450794). Zaświadczenie z 21.01.2010 r. z US Skorpion Grupa sp. z o.o. oraz zgłoszenie aktualizacyjne (NIP-2) – wskazywało NIP 5262484326. Z kolei na zaświadczeniu z ZUS-u wystawionym na Skorpion Grupa sp. z o.o. oraz zgłoszenie zmiany ZUS PZPA z dnia 15.01.2010 r. wskazano NIP 5262484326 oraz REGON 016450794. Decyzji 3 do koncesji Nr L-0409/01 z dnia 2.03.2010 r. wpisywała m.in.: Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o.o., KRS 0000037008, NIP 5262484326 i wskazywała wprost na zmianę nazwy Skorpion Grupa sp. z o.o. na Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o.o.

Izba wskazuje, że art. 43⁵ § 1 kc w zw. z art. 14 Pzp stanowi, iż nazwa jest firmą osoby prawnej, czyli spółki. Zmiana nazwy musi być zgodna z prawem, chociaż nie pociąga za sobą zmiany samej spółki. Nie istnieją jednak w kodeksie spółek handlowych żadne przepisy, które odnoszą się do zmiany nazwy spółki. Dlatego w tym przypadku zastosowanie mają przepisy o zmianie statutu lub umowy spółki. Firma spółki z o. o. jest pierwszym z czynników określonych w umowie spółki wymienionych w art. 157 § 1 pkt 1 ksh. Art. 166 § 1 pkt 1 k.s.h. mówi zaś, że firma spółki jest jednym z elementów koniecznych do rejestracji spółki. Zmiana nazwy spółki - tak jak wszystkie zmiany umowy spółki - zgodnie z art. 255 ksh. może być wprowadzona uchwałą wspólników zaprotokołowaną przez notariusza,

a następnie zgłoszona do sądu rejestrowego. Z dokumentów wskazanych powyżej, jak i aktualnego odpisu z KRS Konsalnet Skorpion Monitoring sp. z o.o. wynika, że zmiana nazwy została wpisana do KRS - wpisem nr 22 z dnia 7.01.2010 r. – akt notarialny z dnia 7.12.2009 r. Rep. A Nr 4892/2009. Zaś zmiana nazwy Konsalnet Skorpion sp. z o.o. została wpisana do KRS – wpisem nr 32 z dnia 22.01.2010 r. – akt notarialny z dnia 7.12.2009 r. Rep. A Nr 4885/2009.

Po drugie, fakt złożenia oferty w taki, czy inny sposób przez Odwołującego nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku zastosowania trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, jak i wezwania do wyjaśnień złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, w wypadku zaistnienia wątpliwości, które bezspornie miał, jak wynika z odpowiedzi na odwołanie i rozprawy. Podobnie wyrok KIO z dnia 24.10.2008, sygn. akt: KIO/UZP 1098/08, czy też wyrok KIO z dnia 3.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 31/2010.

Po trzecie art. 26 ust. 3 Pzp stanowi o jednokrotnym wzywaniu w danym zakresie (np.: wyrok z dnia 22.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 94/07, wyrok z dnia 22.04.2008 r., sygn. akt: 319/08, postanowienie KIO z dnia 12.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 905/2008, wyrok z dnia 27.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 324/09, KIO/UZP 325/09, czy też wyrok KIO z dnia 3.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 31/2010), z kolei zastosowanie trybu z art. 26 ust. 3 Pzp nie uniemożliwia wzywania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp (podobnie wyrok z dnia 17.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 58/07). Powyższe tryby zostały przez Ustawodawcę zawarte w Pzp, aby z powodów formalnych nie dyskwalifikować oferty merytorycznie nie wadliwej. W konsekwencji zasadne było wezwanie w przedmiotowym stanie faktycznym, po czynności Zamawiającego z dnia 25.03.2010 r., co najmniej do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp poprzez przedłożenie pełnych odpisów z KRS, skoro Odwołujący, jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie tylko od nich przedłożenia uzależniał uznanie za wiarygodne wyjaśnień uzyskanych od Odwołującego w piśmie przewodnim z dnia 26.03.2010 r.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał zmianę nazwy dwóch parterów konsorcjalnych, zaś Zamawiający pochopnie wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu, nie wzywając uprzednio do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Zdaniem Izby brak jest przeszkód, aby Zamawiający podczas ponownej oceny ofert nie wezwał w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnień złożonych dokumentów, przy czym w ocenie Izby sporna okoliczność wynika już z oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust.1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, Izba uznała także za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 7 ust. 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....