

Sygn. akt KIO 436/10

**WYROK**  
**z dnia 20 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Emil Kawa**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 19 marca 2010 r. przez **BUDBAUM S.A., ul. Wojsk Ochrony Pogranicza 9B, 15-381 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Gmina Stawiguda, ul. Olsztyńska 10, 11-034 Stawiguda**

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia BUDBAUM S.A. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Stawiguda, ul. Olsztyńska 10, 11-034 Stawiguda i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **BUDBAUM S.A., ul. Wojsk Ochrony Pogranicza 9B, 15-381 Białystok** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych) przez **Gminę Stawiguda, ul. Olsztyńska 10, 11-034 Stawiguda** na rzecz **BUDBAUM S.A., ul. Wojsk Ochrony Pogranicza 9B, 15-381 Białystok** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający Gmina Stawiguda prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczących poprawy bezpieczeństwa komunikacyjnego dróg na terenie Gminy Stawiguda (droga w Gryżlinach i Stawigudzie: ul. Świerkowa, Ogrodowa, Kwiatowa, Sadowa i Makowa) poprzez ich przebudowę. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 lutego 2010 roku pod nr 29373-2010 roku.

W dniu 15 marca 2010 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty tj. Warmińsko- Mazurskiego Przedsiębiorstwa Drogowego sp. z o.o. Gutkowa 49 11-041 Olsztyn oraz dokonał wykluczenia wykonawcy obecnie Odwołującego się BUDBAUM S.A 15-381 Białystok ul. Wojsk Ochrony Pogranicza 9B się na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 i odrzucenia jego oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 5 o czym, poinformował Odwołującego się w tym samym dniu za pomocą faksu.

W dniu 19 marca 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie BUDBAUM S.A 15-381 Białystok ul. Wojsk Ochrony Pogranicza 9B, w którym Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu- nieuprawnione wykluczenie Odwołującego z postępowania dokonane z naruszeniem przepisu art. 24 ust.2 pkt 4 które narusza interes Odwołującego poprzez niemożliwość uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz powoduje powstanie szkody poprzez utratę korzyści z jego realizacji, z uwagi na fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu „cena ofertowa” stanowiła jedyne kryterium wyboru, a oferta Odwołującego jest ofertą o najniższej cenie.

Wnosząc odwołanie Odwołujący zażądał :

- 1\ unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty (w Informacji z dnia 15.03.2010 wskazano, jako ofertę najkorzystniejszą ofertę firmy Warmińsko- Mazurskiego Przedsiębiorstwa Drogowego Sp. z o.o., Gutkowo 49 11-041 Olsztyn)
- 2\ unieważnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania;
- 3\ dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, zgodnie z warunkami postępowania określonymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wskazując jako najkorzystniejszą ofertę Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący się podniósł, że Zamawiający w rozdziale VIII SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, na potwierdzenie tego, że do Wykonawcy biorącego udział w przedmiotowym postępowaniu brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania na mocy art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający żądał dołączenia do oferty m.in. aktualnej informacji z Krajowego

Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8, zgodnie z § 2 ust.1 pkt. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Odwołujący złożył w ofercie żądane przez Zamawiającego dokumenty -kserokopie informacje z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące Pana Bogdana C. i Pana Bogdana M. - prezesa i v-ce prezesa BUDBAUM z dnia 13.11.2009 r.

Na obydwu zapytaniach złożonych na drukach - zgodnie ze wzorem formularza stanowiącego załącznik nr 2 do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym widniała informacja „NIE FIGURUJE w Kartotece Karnej Krajowego Rejestru Karnego”

W ocenie Zamawiającego załączone dokumenty nie dają podstawy do wykluczenia Odwołującego się na podstawie art. 24. ust. 1 pkt. 4 - 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.) wobec zmiany treści art.24 ust.1 pkt 4 - 8 dokonanych nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. (Dz.U.2009.206.1591). która weszła w życie z dniem 22 grudnia 2009 roku.

Zamawiający nie uznał, iż przedłożone przez Odwołującego się informacje z Krajowego rejestru Karnego za odpowiadające postawionym w SIWZ wymogom i pismem z dnia 08.03.2010 roku wezwał Odwołującego się do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust.3 ustawy pzp przedłożonych w tym zakresie dokumentów, które winny wykazać spełnienie warunku niekaralności na dzień upływu terminu składania ofert ,czyli na dzień 26 lutego 2010 roku. Odwołujący wezwanie wykonawcy do uzupełnienia braków w przedmiotowym zakresie wypełnił w wyznaczonym terminie (do 11.03.2010 r..) przekazując informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące Pana Bogdana C. i Pana Bogdana M. Ponieważ informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie tych dwóch osób wystawiona została w dniu 08.03.2010 r., a więc już po upływie terminu składania ofert (termin składania ofert wyznaczony był na dzień 26.02.2010) Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania.

Zdaniem Odwołującego decyzja Zamawiającego dotycząca pierwotnej oceny oferty w zakresie wykazania przez Odwołującego braku podstaw do wykluczenia z uwagi na okoliczności wskazane przepisem art.24 ust.1 pkt 4 - 8 została podjęta wadliwie. Dodał iż załączone do oferty kserokopie informacji z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 13.11.2009 r. stanowiły dostateczną i wystarczającą informację dla potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia, z uwagi na okoliczności wskazane przepisem art.24 ust.1 pkt 4 - 8.

Nadto uzasadnia iż gdy dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wnioski, nie są zgromadzone w Rejestrze, informacji z Rejestru udziela się w sposób określony w § 11 ust. 2 ww. rozporządzenia poprzez zwrot zapytania lub wniosku z adnotacją „NIE FIGURUJE”. W takim przypadku informacja z Rejestru potwierdza, że osoba, której dotyczy zapytanie lub wnioski, w ogóle nie figuruje w Rejestrze, z tytułu skazania za jakiegokolwiek przestępstwo, w tym - co jest zupełnie oczywiste - także za przestępstwo przeciwko środowisku. Powyższy sposób udzielenia informacji z Rejestru dotyczy także przypadku, gdy w zapytaniu lub wniosku określono zakres i rodzaj danych, które mają być przedmiotem informacji.

W związku z tym upoważnione jest twierdzenie, iż informacje z Rejestru wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, w postaci zapytania lub wniosku zawierającego adnotację „NIE FIGURUJE” zachowują swoją aktualność i potwierdzają brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy. Wobec powyższego Odwołujący miał prawo nadal posługiwać się takimi informacjami z Rejestru (zaświadczeniami o niekaralności) w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Nadto stwierdził iż wezwanie Odwołującego do złożenia ponownej informacji z Krajowego Rejestru Karnego było bezpodstawne.

W odpowiedzi na Odwołanie Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie i stwierdził, że Zamawiający nie podziela zarzutów przedstawionych przez Odwołującego BUDBAUM S.A. w odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2010r. Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko, że załączone do oferty Odwołującego dokumenty nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust 1 pkt. 4-8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), gdyż w dokumentach Odwołującego z dnia 13.11.2009r. wskazano w pkt. 11 "Zapytania i udzielenie informacji o osobie" przez osobę składającą zapytania, zakres postępowania, w związku z którym zachodzi potrzeba informacji o osobie „*Ustawa z dnia 29.01.2004 Prawo Zamówień Publicznych Dz. U. Nr 223 poz. 1655 z 2007. art. 24 ust. 1 pkt.4-8*” więc urzędowa adnotacja NIE FIGURUJE” dotyczy wyłącznie wskazanego wyżej wymienionego zakresu dla stanu prawnego ustawy przed 22 grudnia 2010r., która nie potwierdza informacji dotyczących przestępstwa przeciwko środowisku - wymaganych od dnia 22.12.2009r. w związku z wejściem w życie nowelizacji ustawy. Powyższa adnotacja NIE FIGURUJE potwierdza, że dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie w ograniczonym zakresie sformułowanym w zapytaniu (a więc bez przestępstw przeciwko środowisku) nie są gromadzone w Rejestrze, co miało miejsce w niniejszym postępowaniu. W dniu 08.03.2010r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.) do złożenia w wyznaczonym terminie (do

11.03.201 Or.) dokumentów: informację z Krajowego Rejestru Karnego Pana Bogdana C. i Pana Bogdana M. potwierdzających, brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 4-8 ustawy Pzp nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert tj. 26.02.2010r. Odwołujący nie odwołał się od wezwania, uznał wezwanie za zasadne i dostarczył nowe dokumenty. Jednak dostarczone dokumenty przez Odwołującego nie potwierdzają- zdaniem Zamawiającego, braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy na dzień nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert tj. 26.02.2010 r.

Zamawiający powołał się na orzeczenia KIO i podał, że z orzecznictwem KIO (np. wyrok KIO/UZP 901/09; KIO/UZP 905/09) uzupełnić można co najmniej dokumenty wystawione przed dniem lub w dniu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lecz z jakichś powodów do oferty lub wniosku nie dołączone.

W związku z powyższym na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.) Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego.

Ponadto Zamawiający podniósł, że w takim stanie prawnym zawarcie umowy z Odwołującym skutkowałoby naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również naraziłoby Zamawiającego na utratę środków finansowych otrzymanych w ramach Programu Wieloletniego pn. „Narodowy Program Przebudowy Dróg Lokalnych 2008 - 2011” na realizację przedmiotowego zadania.

Na rozprawie strony w swoich wystąpieniach podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

#### **Izba dokonała następujących ustaleń:**

Zamawiający prowadząc postępowanie w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczących poprawy bezpieczeństwa komunikacyjnego dróg na terenie Gminy Stawiguda ,dokonał wykluczenia wykonawcy BUDBAUN S A. – Odwołującego, w oparciu o przepis art.89 ust.1 pkt 5 pzp i w związku z przepisem art.24 ust.2 pkt.4 ofertę Odwołującego odrzucił. Izba stwierdza, że w tym samym postępowaniu również na tej samej podstawie, odrzucono ofertę innego Wykonawcy.

Osią całego sporu w tym postępowaniu pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym się jest fakt, czy złożone przez Odwołującego Informacje z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 13 listopada 2009 roku są dokumentami spełniającymi wymogi określone przez Zamawiającego w rozdziale VIII pkt.5 SIWZ. Odwołujący twierdzi ,że te informacje są prawidłowe i zamawiający nie miał nie tylko prawa z tego tytułu Odwołującego wykluczyć z postępowania i jego ofert odrzucić ,ale nie miał również prawa wzywać Odwołującego do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust.3 pzp.

Zamawiający stoi na stanowisku iż w związku z nowelizacją przepisów ustawy prawa zamówień publicznych – z dnia 5 listopada 2009 roku, która weszła w życie z dniem 22 grudnia 2009 roku – o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach w sprawach cywilnych /Dz.U. z 2009 nr 206 poz. 1591, została wprowadzona zmiana eliminująca z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy zostali skazani za przestępstwo przeciwko środowisku. Załączone przez Odwołującego informacje z Krajowego Rejestru Karnego, zostały wystawione sprzed daty wejścia w życie nowelizacji i tym samym jako wystawione w dniu 13 listopada 2009 roku nie mogą stwierdzać, że odwołujący wykazał tym zaświadczeniem iż nie był skazany za przestępstwa przeciwko środowisku. Uzupełnione – w trybie wezwania Zamawiającego, nowe informacje z Krajowego Rejestru Karnego mimo iż dotyczą osób reprezentujących Odwołującego, to jednak jako wystawione w dniu 08.03.2010, nie potwierdzają zdaniem Zamawiającego, braku podstaw do wykluczenia Odwołującego, gdyż nie wykazał iż nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert tj. 26.02.2010 roku nie był skazany za przestępstwo przeciwko środowisku.

**Uwzględniając dokumentację złożoną przez strony niniejszego postępowania, w tym postanowienia SIWZ, treść ogłoszenia o zamówieniu i oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, Izba zważyła co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza na wstępie stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia o którym mowa w art.179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż jako składający ofertę w której zaoferował wykonanie zamówienia za najniższą cenę, a jego oferta została odrzucona, mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba ustaliła iż bezspornym w sprawie jest fakt złożenia przez Odwołującego oferty zgodnej z treścią dokumentacji przygotowanej przez Zamawiającego. W szczególności w sprawie złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego, wymóg postawiony w ogłoszeniu i SIWZ jest spełniony, gdyż Zamawiający wymagał „aktualnej informacji z Krajowego rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert”. Izba stwierdza, że w żadnym z postanowień SIWZ czy ogłoszenia o wszczęciu postępowania przetargowego nie ma postawionego warunku iż przedłożone zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego winno obejmować stan prawny powstały po 22 grudnia 2009 roku czyli dacie wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp.

W dalszej części Izba ustaliła, że szczegółowe zasady udzielania informacji z Rejestru określają przepisy rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. Nr 198, poz. 1930, z późn. zm.). Stosownie do postanowień § 11 ust. 1 i 2 ww. rozporządzenia, jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wnioski, są zgromadzone w Rejestrze, informacji o osobie z Rejestru udziela się na formularzu, o którym mowa w § 10 pkt 2 ww. rozporządzenia. Do informacji tej załącza się nadesłane zapytanie lub wnioski. Jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wnioski, nie są zgromadzone w Rejestrze, zapytanie lub wnioski zwraca się podmiotowi zapytującemu lub wnioskodawcy z adnotacją "NIE FIGURUJE".

Z powyższego wynika zatem, iż w każdym przypadku, gdy dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wnioski, nie są zgromadzone w Rejestrze, informacji z Rejestru udziela się w sposób określony w § 11 ust. 2 ww. rozporządzenia poprzez zwrot zapytania lub wniosku z adnotacją „NIE FIGURUJE”. W takim przypadku informacja z Rejestru potwierdza, że osoba, której dotyczy zapytanie lub wnioski, w ogóle nie figuruje w Rejestrze, z tytułu skazania za jakiegokolwiek przestępstwo, w tym także za przestępstwo przeciwko środowisku.

Wobec powyższego Izba uznała iż stanowisko Odwołującego zasługuje na uwzględnienie gdyż informacje z Rejestru wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, w postaci zapytania lub wniosku zawierającego adnotację „NIE FIGURUJE” zachowują swoją aktualność i potwierdzają brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Wobec powyższego wykonawcy mogą nadal posługiwać się takimi informacjami z Rejestru (zaświadczeniami o niekaralności) w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na marginesie sprawy Izba podnosi, że stanowisko Zamawiającego byłoby adekwatne do sytuacji, gdyby Odwołujący przedłożył z w/w datą zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego gdzie na informacji byłaby wzmianka iż w odpowiedzi na zapytanie o karalność w zakresie podanym w art. 24 ust.1 pkt. 4-8 ustawy Pzp byłaby adnotacja, „Nie figuruje w kartotece karnej w podanym zakresie”, gdyż informacja taka wystawiona prze 22 grudnia 2009 nie potwierdzałaby iż podmiot którego dotyczy Informacja nie popełnił przestępstwa przeciwko środowisku. Wobec powyższego w odniesieniu do takich przypadków nie jest dopuszczalne posługiwanie się dotychczasowymi zaświadczeniami o niekaralności w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp (brak



skazania za przestępstwo przeciwko środowisku). Z tych względów w takich przypadkach konieczne jest uzyskanie nowych zaświadczeń o niekaralności.

Izba podniosła również fakt iż nie jest do pogodzenia z instytucją państwa prawnego taka sytuacja ,gdzie podmiotowi ubiegającemu się o udzielenie zamówienia publicznego stawiany jest warunek niemożliwy do zrealizowania przez Odwołującego już w momencie jego postawienia. W tym przypadku mamy sytuację iż wezwanie z dnia 08.03.2010 roku dotyczące przedstawienia przez Odwołującego Informacji z Krajowego Rejestru Karnego wg. stanu na dzień nie później niż na 26 luty 2010 roku i nie wcześniej niż na dzień 22 grudnia 2009 roku było niemożliwe do spełnienia ,gdyż informacji z Krajowego Rejestru Karnego udziela się zawsze wg. stanu na dzień wydania Informacji.

Wobec powyższego. Zamawiający zgodnie z wyrokiem Izby, zobowiązany jest do: unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia Odwołującego, oraz do powtórzenia czynności badania i oceny Ofert.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust.1,2 i 3 pkt.1 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art.192 ust. 9 i10 ustawy pzp. oraz zgodnie z przepisem § 5 pkt.1 i 2 i § 3 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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)

.....

