

Sygn. akt: KIO/UZP 744/09

WYROK
z dnia 26 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Andrzej Niwicki

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu, 53-345 Wrocław, ul. Komandorska 118/120** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala, 02-390 Warszawa, ul. Grójecka 186** protestu z dnia 21 maja 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu, 53-345 Wrocław, ul. Komandorska 118/120 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu, 53-345 Wrocław, ul. Komandorska 118/120,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, 53-345 Wrocław, ul. Komandorska 118/120.**

U z a s a d n i e

I. W dniu 11.11.2008 r. Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala, ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Zorganizowanie i przeprowadzenie serii szkoleń, opracowanie oraz wydanie publikacji podsumowującej i upowszechniającej rezultaty projektu oraz organizację 3 konferencji. Postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 12.05.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o unieważnieniu postępowania, ponieważ jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, która powstała w wyniku dostarczenia przez jednego z uczestników postępowania informacji z Krajowego Rejestru Karnego (KRK), wystawionej w późniejszej dacie, niż data składania wniosków.

W dniu 21.05.2009 r. Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu, ul. Komandorska 118/120, 53-345 Wrocław (dalej: Odwołujący) – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 25.05.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 4.05.2009 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 i art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, co później w całości podtrzymał w odwołaniu.

Zdaniem Odwołującego, naruszenie powyżej wskazanych przepisów nastąpiło w wyniku unieważnienia przez Zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, w konsekwencji uznania przez Zamawiającego za niepoprawną czynności uzupełnienia przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie skierowane do niego w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, informacji z datą późniejszą, niż data składania wniosków. W ocenie Odwołującego, skoro dochował wyznaczonego przez Zamawiającego terminu do uzupełnienia dokumentów, to skutecznie uzupełnił dokument. Wskazał, że skoro dopuszczono możliwość uzupełnienia dokumentów po terminie składania

wniosków, to jest to równoznaczne z dopuszczeniem wystawiania takich dokumentów po terminie składania wniosków. Podniósł, że Zamawiający powinien merytorycznie ocenić uzupełniony dokument, co według niego oznacza, że Zamawiający winien na jego podstawie zbadać, czy dokument potwierdza niekaralność Odwołującego w dniu składania wniosków, a nie badać datę wystawienia dokumentu.

Zamawiając oddalając protest w całości wskazał, że w postępowaniu zostały złożone dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oba wnioski – w tym wniosek Odwołującego – po uzupełnieniu dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 – Zamawiający uznał za złożone przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu i prowadził postępowanie aż do zaproszenia obu wykonawców do składania ofert w dn. 23 i 24 lutego 2009 r. Jednak na skutek kontroli doraźnej jednostki nadzorującej, a później – w wyniku zapoznania się z opinią Urzędu Zamówień Publicznych uznał, że Odwołujący nieprawidłowo uzupełnił dokument w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, bowiem zaświadczenie z KRK powinno mieć datę nie późniejszą, niż data składania wniosków.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (oferta Odwołującego była jedyną ofertą złożoną w postępowaniu).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rzekomo – zdaniem Odwołującego - nieprawidłowego uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, skład orzekający w pełni podziela obszernie zacytowane w rozstrzygnięciu protestu stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący na rozprawie podnosił, że z Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 24 maja 2006 r.; dalej: rozporządzenie) wynika jedynie data początkowa okresu ważności dokumentu, a nie data końcowa i tylko z tą datą początkową rozporządzenie wiąże aktualność (domniemanie prawdziwości) dokumentu. Jednak Odwołujący nie dostrzega, że z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w brzmieniu po nowelizacji z dn. 4 września 2008 r. (ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych

oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z dnia 23 września 2008 r.) wyraźnie wynika koniec okresu, z którym przepisy wiążą domniemanie prawdziwości dokumentu – zatem początkiem okresu jest data wskazana w rozporządzeniu, a nieprzekraczalnym końcem tego okresu – data składania wniosków (ofert).

W związku z takim określeniem okresu, z którym przepisy wiążą domniemanie prawdziwości dokumentu, Zamawiający słusznie uznał zaświadczenie z KRK wystawione później, niż po dacie składania wniosków, za nieprawidłowe (tzn. niepotwierdzające spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków).

O ile przed nowelizacją Prawa zamówień publicznych z dnia 4 września 2008 r. można było w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych złożyć dokumenty, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień wyznaczony przez Zamawiającego w wezwaniu, o tyle po nowelizacji nie jest to już możliwe – nadal pozostaje wykonawcy możliwość uzupełnienia dokumentów, ale mają one potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później, niż w dniu złożenia ofert (wniosków). Rację Odwołujący ma o tyle, że nie ma znaczenia sama data wystawienia dokumentu, ale jego treść – dokument może być wystawiony po dacie składania ofert (wniosków), jednak znaczenie ma tylko to, czy potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert (wniosków). Ta argumentacja jednak nie może być zaakceptowana w kontekście zaświadczenia z KRK złożonego przez Odwołującego w postępowaniu („nie figuruje dnia 2008.12.12”, kopia zaświadczenia w aktach sprawy) – ponieważ w tym przypadku data wystawienia dokumentu jest tożsama z dniem, na który dokument poświadcza spełnienie warunków udziału w postępowaniu: jeżeli zaświadczenie z KRK zostało wystawione po dniu otwarcia ofert (wniosków) Zamawiający na jego podstawie nie może jednoznacznie stwierdzić spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert (wniosków). Data wystawienia zaświadczenia z KRK nie miałyby znaczenia (mogłaby być datą po dacie składania wniosków) tylko wówczas, gdyby z treści dokumentu wyraźnie wynikało, że Odwołujący nie figurował w rejestrze na dzień składania wniosków.

W czasie pomiędzy terminem składania ofert a dniem wydania zaświadczenia z KRK mogło bowiem nastąpić zatarcie orzeczenia stwierdzającego odpowiedzialność podmiotu zbiorowego za czyn zabroniony pod groźbą kary – w takim przypadku dane podmiotu zbiorowego usuwa się z rejestru (art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym, Dz.U. z 2008 r., Nr 50 poz. 292). Jest to sytuacja hipotetyczna, lecz możliwa, w związku z czym trzeba uznać, że Odwołujący za pomocą uzupełnionego w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych zaświadczenia z KRK z datą wystawienia późniejszą, niż data składania wniosków nie wykazał, że spełniał warunki udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków. Zamawiający, wbrew postulatowi

Odwołującego zgłoszonemu na rozprawie, nie mógł się w tym względzie kierować zasadą zaufania do wykonawcy, a jego decyzja mogła być oparta wyłącznie na dokumentach złożonych w postępowaniu.

W związku z powyższymi okolicznościami Odwołujący powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, dlatego skład orzekający uznał, że Zamawiający stwierdzając, że uzupełnienie dokumentów nie było prawidłowe, nie naruszył ani art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, ani art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił ponadto Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, wskazując, że unieważnienie postępowania było naruszeniem przepisów ustawy.

W ocenie składu orzekającego ten zarzut potwierdził się o tyle tylko, że Zamawiający dokonując unieważnienia postępowania podał niewłaściwą podstawę prawną, a mianowicie jako podstawę unieważnienia podał art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, a powinien był wskazać art. 93 ust. 1 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych.

Na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych postępowanie powinno bowiem zostać unieważnione tylko w takim przypadku, jeżeli jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Wada powinna tkwić w samym postępowaniu, winna być istotna i nieusuwalna.

W postępowaniu, w którym złożono odwołanie, Zamawiający dopiero po przeprowadzeniu niemal do końca całej procedury (w dniu 20.04.2009 r. miało miejsce składanie ofert, została złożona tylko jedna oferta – oferta Odwołującego) stwierdził, że nieprawidłowo zaakceptował złożone przez Odwołującego dokumenty, i powinien był go wykluczyć z postępowania. Jednak skład orzekający zauważa, że Zamawiający winien badać przesłanki wykluczenia wykonawcy na każdym etapie postępowania, zatem nie było przeszkód, aby już po otwarciu ofert Zamawiający dokonał czynności wykluczenia wykonawcy. W ocenie składu orzekającego, sytuacja wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków, nie mogła być konwalidowana na skutek zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Odwołującego na tamtym etapie, ani przez późniejsze negocjacje z Odwołującym i zaproszenie go do składania ofert.

Skoro nie ulega wątpliwości, że Odwołujący powinien być wykluczony z postępowania, to jego oferta powinna być uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, a zatem Zamawiający winien był unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych (jako że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu – bowiem oferta Odwołującego była jedyną ofertą złożoną w postępowaniu, co było bezsporne).

Reasumując, unieważnienie postępowania było prawidłowe, jednak Zamawiający niewłaściwie podał podstawę prawną unieważnienia, wskazując nie art. 93 ust. 1 pkt 1, a art. 93 ust.1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych. Jednak taka konstatacja Izby nie może skutkować uwzględnieniem odwołania – ponieważ podanie niewłaściwej podstawy prawnej unieważnienia postępowania nie wpływa w jakikolwiek sposób na sytuację prawną Odwołującego w postępowaniu, a tym samym nie ma wpływu na wynik postępowania, w konsekwencji czego Izba, nie stwierdzając naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania oddaliła odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła kosztów zastępstwa Zamawiającego z uwagi na fakt, iż nie przedłożył on do akt sprawy stosownych rachunków wymaganych zgodnie z par. 4 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....