

Sygn. akt: KIO 1059/13

WYROK
z dnia 21 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2013 r. przez **B..... N....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NAD-BUD B..... N....., 80 – 297 Banino, Rębiechowo, ul. Baraniewicka 61** w postępowaniu prowadzonym przez **Dyrekcję Rozbudowy Miasta Gdańska, działającą w imieniu Gminy Miasta Gdańska, 80 – 126 Gdańsk, ul. Piekarnicza 16,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **B..... N....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NAD-BUD B..... N....., 80 – 297 Banino, Rębiechowo, ul. Baraniewicka 61** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Roboty remontowe wykonywane w trybie awaryjnym wraz z robotami naprawczymi w branży elektrycznej w placówkach: oświaty i wychowania, wychowania pozaszkolnego, opiekuńczo-wychowawczych, kultury i sztuki, kultury fizycznej i sportu oraz zdrowia na terenie miasta Gdańska”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11.03.2013 r. pod numerem 96094 – 2013.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, pomimo wykazania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, przyznania zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania podjął na podstawie przedłożonego przez Odwołującego w dniu 08.04.2013 r. wydruku, pochodzącego ze strony internetowej Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Zamawiający zakwestionował dostarczony wydruk jako niepozwalający mu stwierdzić daty jego wystawienia. Taka ocena wydruku jest, zdaniem Odwołującego, niesłuszna, gdyż pomimo „błędności” wydruku daje się na nim odczytać datę roczną 2013, a przy dokładnej analizie i datę dzienną, choć z dużymi utrudnieniami. Już sama data roczna (wskazująca, że jest to wydruk z 2013 r.) powoduje, że jakkolwiek by nie była data dzienna możliwa do wygenerowania, to spełnia ona warunek zawarty w SIWZ, w pkt 6.6.1, tj. wykazuje, że wydruk ze strony CEIDG (stanowiący na mocy art. 38 ust 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej z dnia 2 lipca 2004 r. zaświadczenia o wpisie w CEIDG) został wystawiony w terminie 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, wyznaczonym na dzień 03.04.2013 r.

Odwołujący wskazuje, że wezwanie Zamawiającego z dnia 11.04.2013 r. było niemożliwe do zrealizowania. Wydruk ze strony internetowej CEIDG jest oryginałem i nie ma

mowy wygenerowania go w terminie późniejszym ponownie jako oryginału ani przedstawienia jego notarialnie poświadczonej kopii. Z uwagi na charakter techniczny tego wydruku (wydruk on-line ze strony www) ma on postać pliku tymczasowego i nie jest możliwe jego ponowne wygenerowanie i złożenie z tą samą datą. Działania podjęte przez Odwołującego w dniach 11.04.2013 r. oraz 15.04.2013 r. miały charakter wyjaśnień a nie były, jak twierdzi Zamawiający, ponownym uzupełnieniem dokumentów. Odwołujący wie, że uzupełnienie dokumentu, w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, jest możliwe tylko jednokrotnie. Stąd też jego działania miały na celu przedstawienie innych dokumentów, jako wyjaśnień wskazujących, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał też, że Zamawiający ma samodzielną możliwość weryfikacji jego dokumentu w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż informacje te są możliwe do samodzielnego ustalenia przez Zamawiającego jako, że CEIDG jest rejestrem publicznych danych, posiadanych przez inne podmioty publiczne, do których organ ma dostęp w drodze elektronicznej na zasadach określonych w przepisach ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne.

Ponadto wskazać należy, że CEIDG jest rejestrem jawnym na mocy art. 38 ust 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Na mocy art. 33 powołanej istnieje domniemanie, że dane wpisane do CEIDG są prawdziwe. Tym samym, skoro CEIDG zawiera informację o dacie rozpoczęcia działalności przez Odwołującego (jest to data przed dniem otwarcia ofert), a nie ma wpisów co do zawieszenia bądź zakończenia działalności oznacza to, że na dzień otwarcia ofert Odwołujący spełniał warunek udziału w postępowaniu postawiony przez Zamawiającego, o czym go kilkakrotnie informował, a co ponadto Zamawiający mógł samodzielnie zweryfikować. Odwołujący podniósł również, że działania Odwołującego znalazły uznanie w oczach Zamawiającego, gdyż dokonał on wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający wykluczając Odwołującego kierował się wyłącznie datą dokumentu, pomijając *ratio legis* art. 24 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zaś celem przedkładania przez wykonawców dokumentów w postaci odpisu-z KRS lub CEIDG jest wyłącznie wykazanie spełniania warunku, o którym mowa w art. 24 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. nie znajdowania się w stanie likwidacji bądź upadłości. Odwołujący wykazał spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie celu uzupełniania dokumentów zaprezentowane w wyroku z dnia 17 stycznia 2013 r. o sygn. kat KIO 2939/12, KIO 2942/12.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z postanowieniem pkt 6.6 ppkt 6.6.3 SIWZ, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wraz z ofertą m.in. aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Wykonawca złożył wraz z ofertą wydruk ze strony internetowej CEIDG z dnia 18.06.2012 r. w zakresie, który nie obejmował informacji dotyczących upadłości i likwidacji przedsiębiorcy.

Pismem z dnia 04.04.2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, *„do uzupełnienia oferty o aktualny odpis z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, o którym mowa w pkt. 6.6.3 SIWZ”*.

Wykonawca w dniu 08.04.2013 r. osobiście dostarczył do siedziby Zamawiającego wydruk ze strony internetowej CEIDG, który był w części nieczytelny. Dotyczyło to m.in. daty jego wystawienia.

W związku z powyższym, Zamawiający wezwał Wykonawcę, na podstawie § 7 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. Nr 33, poz. 231), do przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu uzupełnionego na wezwanie Zamawiającego.

W odpowiedzi Odwołujący przedłożył wydruk ze strony internetowej CEIDG, wygenerowany w dniu 10.04.2013 r., który zawiera inną treść i szerszy zakres informacji niż dokument uzupełniony pierwotnie na wezwanie Zamawiającego (pismo z dnia 11.04.2013 r.).

Nadto, w dniu 15.04.2013 r. Wykonawca doręczył Zamawiającemu pismo zatytułowane „Uzupełnienie”, do którego dołączył wydruk z CEIDG, wygenerowany w dniu 28.01.2013 r., o treści odmiennej niż dokument uzupełniony.

Zamawiający pierwotnie dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej (informacja z dnia 18.04.2013 r.). Jednakże po przeprowadzeniu ponownego badania i oceny ofert, na skutek pisma jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiocie poprawności dokumentów złożonych przez Odwołującego, Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania (informacja z dnia 30.04.2013 r.). W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że: *„W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca uzupełnił żądany dokument trzy razy na tę samą okoliczność, za każdym razem*

składając dokument o innej treści lub innej dacie wystawienia. Nie spełnił także żądania Zamawiającego zawartego w piśmie z dnia 11.04.2013 r. i nie dostarczył oryginału nieczytelnej kopii dokumentu. Dokument przedłożony Zamawiającemu w dniu 15.04.2013 r., który został wystawiony w dniu 28.01.2013 r., poza niezgodną treścią, stanowi kserokopię innego dokumentu, na której widoczne są kopie paraf Wykonawcy oraz jego pieczęci firmowej. Nie może zatem stanowić oryginału częściowo nieczytelnego dokumentu uzupełnionego w dniu 08.04.2013 r.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego.

Zgodnie zaś z § 3 ust. 1 pkt 2 powoływanego rozporządzenia, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać m.in. aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Obowiązek dokonania wpisu do rejestru lub ewidencji jednoznacznie wynika z art. 14 ustawy z dnia 02.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447 ze zm.).

W świetle zaś przepisu art. 38 ust. 4 powołanej ustawy, zaświadczenie o wpisie w CEIDG, dotyczące przedsiębiorców będącymi osobami fizycznymi, w zakresie jawnych danych mają formę dokumentu elektronicznego albo wydruku ze strony internetowej CEIDG.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Bezsporne w niniejszej sprawie jest, że Zamawiający postawił wymóg przedłożenia odpisu z KRS lub informacji z CEIDG.

Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy kluczowe znaczenie ma przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który nakazuje wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że ustawodawca wyraźnie odróżnia sytuację spełniania warunków udziału w postępowaniu od wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i wiąże skutek wykluczenia z brakiem wykazania

wspomnianych okoliczności. Powyższe kreuje dla wykonawcy obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a więc ciężar udowodnienia tego faktu spoczywa na wykonawcy. Rolą wykonawcy jest więc udowodnienie zamawiającemu, za pomocą żądanych dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący obowiązku tego nie udźwignął. Zarówno wydruk z CEIDG, dołączony do oferty Odwołującego, jak uzupełniony na wezwanie Zamawiającego, nie zawiera informacji, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Informacje takie zawiera natomiast wydruk doręczony Zamawiającemu w dniu 11.04.2013 r., jednakże nie może podlegać ocenie, bowiem nie stanowi kopii dokumentu dostarczonego na wezwanie Zamawiającego. Nie budzi zaś wątpliwości, że dokument, na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, może być uzupełniany jednokrotnie. Jakkolwiek dokument przedłożony w dniu 11.04.2013 r. nie był uzupełniony w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a z powodu nieczytelności kopii dokumentu doręczonego na wezwanie Zamawiającego, to mógł podlegać ocenie jedynie, gdyby stanowił poświadczoną notarialnie kopię lub oryginał dokumentu uzupełnionego. Rzeczony dokument stanowił zaś inny dokument, a tym samym należało uznać, że Odwołujący, uzupełnił dokument po raz kolejny. Jeśli idzie o dokument uzupełniony po raz trzeci, niezależnie od tego, że nie podlegał ocenie, z powodów, o których była mowa wyżej, to nie miał wartości dowodowej z uwagi na fakt, że nie zawierał informacji, dotyczących spornego warunku, a więc nie dawał podstaw do dokonania oceny w tym przedmiocie.

Ponadto, zauważyć należy, iż myli się Odwołujący twierdząc, że okoliczność, iż z przedłożonej informacji z CEIDG wynikała data rozpoczęcia działalności gospodarczej, a także brak było wpisów odnośnie zawieszenia i zakończenia jej prowadzenia, jest wystarczająca. Przedmiotowe okoliczności nie odnoszą się bowiem do warunku, o którym mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Niezależnie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu to nadto posłużył się w tym zakresie nieodpowiednim dokumentem. Wydruk z CEIDG był bowiem wygenerowany z datą wcześniejszą niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert. Zaś na podstawie dokumentu uzupełnionego na wezwanie Zamawiającego, można z dużym trudem ustalić, że został wygenerowany w roku 2013, jednakże nie ma możliwości stwierdzenia, że sporne warunki Odwołujący spełnia na dzień składania ofert.

Nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczność, że wydruk z CEIDG jest dokonywany w czasie rzeczywistym. Powyższe bowiem nie uniemożliwia zapisania pliku tego dokumentu i jego zarchiwizowania przez wykonawcę. Skoro wykonawca nie dochowuje należytej staranności i nie przedstawia czytelnego dokumentu, to musi liczyć się z tym, że Zamawiający podejmie próbę weryfikacji nieczytelnych, ale mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, informacji.

Nie zasługują na aprobatę twierdzenia Odwołującego, iż w niniejszym postępowaniu nie można mówić o wielokrotnym uzupełnieniu dokumentu. Bezsporne jest, iż każdy z uzupełnionych dokumentów różni się treścią i datą wygenerowania wydruku. Nadto, ich złożenie jednoznacznie wskazuje, że mają one służyć ustaleniu określonych okoliczności. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, złożenie dokumentu nie może być kwalifikowane jako złożenie wyjaśnień, są to dwa odrębne środki dowodowe, niezastępowalne. Co więcej, Odwołujący nie został wezwany do złożenia wyjaśnień a do przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii złożonego dokumentu.

Odwołujący powołując się na stanowisko Izby, zawarte w wyroku z dnia 17.01.2013 r. pomija, że fakt wystawienia dokumentu po upływie terminu składania ofert lub wniosków jest bez znaczenia, jednakże tylko o tyle, o ile z treści dokumentu wynika potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie później niż w tym dniu. Zaś z taką sytuacją w niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia.

Argumentacja Odwołującego, że informacje zawarte w CEIDG są jawne, a więc Zamawiający mógł je samodzielnie pozyskać nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wskazano wyżej, przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ciężar dowodu lokuje po stronie wykonawcy. Zatem, za nieuprawnione należy uznać domaganie się przez Odwołującego przeniesienia tego ciężaru na Zamawiającego.

Za chybione należy również uznać twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający nie jest uprawniony do żądania informacji z CEIDG z uwagi na przepisy ustawy z dnia 25.03.2011 r. o ograniczaniu barier administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz. U. z 2011 r., Nr 106, poz. 662 ze zm). Na mocy przepisu art. 1 powołanej ustawy znowelizowano przepis art. 220 k.p.a., zgodnie z którym organ administracji publicznej nie może żądać zaświadczenia ani oświadczenia na potwierdzenie faktów lub stanu prawnego, jeżeli możliwe są do ustalenia przez organ na podstawie m.in. rejestrów publicznych posiadanych przez inne podmioty publiczne, do których organ ma dostęp w drodze elektronicznej na zasadach określonych w przepisach ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. W tym miejscu zauważyć jednakże należy, iż podstawą działania Zamawiającego są przepisy ustawy Pzp i rozporządzeń wykonawczych, przytoczona regulacja nie znajduje zaś zastosowania w niniejszej sprawie.

Dla rozstrzygnięcia sprawy nie ma znaczenia również okoliczność, że pierwotnie Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą. Zamawiający zmienił bowiem swoją decyzję na skutek ponownego badania i oceny ofert i uczynił to przed terminem wniesienia odwołania. W ocenie Izby, nie można odmówić Zamawiającemu uprawnienia zmiany decyzji w sytuacji, w której dostrzeże jej wadliwość.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 10.000,00 zł.

Przewodniczący: