

Sygn. akt: KIO 1003/10

WYROK
z dnia 10 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **DELTA S.A., 01-029 Warszawa, ul. Dzielna 21/47** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Konstancin-Jeziorna, 05-520 Konstancin-Jeziorna, ul. Warszawska 32**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **DELTA S.A., 01-029 Warszawa, ul. Dzielna 21/47** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy pięćset złotych zero groszy) wniesiony przez **DELTA S.A., 01-029 Warszawa, ul. Dzielna 21/47** w poczet kosztów postępowania oraz nakazuje

dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset zł zero gr.) przez **DELTA S.A., 01-029 Warszawa, ul. Dzielna 21/47** na rzecz **Gmina Konstancin – Jeziorna, 05-520 Konstancin-Jeziorna, ul. Warszawska 32** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/1003/10

Odwołujący DELTA S.A. w Warszawie uczestniczący w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Konstancin-Jeziorna na „Przebudowę ulicy Gąsiorowskiego w Konstancinie-Jeziornie” zaskarżył czynność wykluczenia go z postępowania oraz zatrzymania wadium.

Odwołujący wniósł o uchylenie czynności wykluczenia jego oferty i zwrot wadium.

Uzasadniając zarzuty wskazał, że po otwarciu ofert i zapoznaniu się z ich treścią Zamawiający pismem z dnia 14.05.2010 r. wystąpił do Odwołującego o wyjaśnienia dotyczące oferty. Odpowiedział pismem z dnia 17.05.2010 r. załączając zaświadczenia, których brak podniósł Zamawiający. Kolejnym pismem Zamawiający zażądał uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, które Odwołujący już złożył.

Pismem z dnia 18.05.2010 r. otrzymanym dnia następnego Odwołujący został poinformowany o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wobec nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Kolejnym pismem Odwołujący został poinformowany o wykluczeniu z postępowania na podstawie ww przepisu ustawy z uzasadnieniem, że informacje z KRK dotyczące podwykonawców w osobach Krzysztofa S. i Tadeusza M. zostały wystawione dnia 17 maja 2010 r. tj. 24 dni po otwarciu ofert. Jednocześnie Zamawiający poinformował o zatrzymaniu, na podstawie art. 46a ust 4a ustawy, wniesionego wadium. Zdaniem Zamawiającego informacje z KRK nie potwierdzały spełniania warunku udziału w postępowaniu wg stanu na dzień 23 kwietnia 2010 r. tj. na dzień, w którym upływał termin składania ofert.

Odwołujący wskazał, że złożył po dwie informacje z KRK dotyczące w/w osób. Pierwsza informacja datowana była na dzień 21.04.2009 r., druga wydana została 17.05.2010 r. W ocenie Odwołującego Zamawiający miał pełną możliwość zweryfikowania spełniania omawianego warunku. Odwołujący stwierdził, że bez znaczenia jest w tym wypadku fakt, że złożono informację z 17.05.2010 r., skoro w dacie składania oferty wykonawca nie dysponował informacjami na dzień składania oferty. Odwołujący zauważył, że wymagany warunek nie figurowania w KRK, w odniesieniu do podwykonawcy – firmy WOD-KAN został spełniony. Powołał na poparcie stanowiska orzeczenie KIO z 12.05.2009 r. sygn. KIO/UZP 540/09 iż: „Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upływał w dniu 10 marca 2009 r. Skoro zatem z treści zaświadczenia wynika potwierdzenie braku zaległości podatkowych na dzień przed upływem terminu składania ofert, to dokument ten jest prawidłowy i nie zachodzi przesłanka do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Nie ma znaczenia data wystawienia zaświadczenia, jeżeli jego treść pozwala na potwierdzenie warunku nie później niż w dniu upływu składania ofert. Skoro wykonawca

nie posiadał stosownego zaświadczenia w dniu składania oferty, to oczywistym jest, iż wystawione zostało ono na skutek wezwania zamawiającego do jego uzupełnienia w dacie po upływie składania ofert.(...)"

Wskazując powyższe okoliczności Odwołujący wniósł o uchylenie zaskarżonych czynności Zamawiającego stwierdzając, że dołożył należytej staranności i udokumentował niefigurowanie wskazanych podwykonawców w KRK, wg stanu na dzień, którym upływał termin składania ofert.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, iż wykluczył odwołującego z postępowania stwierdzając, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Powołał postanowienia rozdziału XI siwz, gdzie wymagał, aby wykonawca wykazujący spełnienie warunków udziału, który polega na zasobach innych podmiotów, przedstawił w odniesieniu do tych podmiotów opisanych dokumentów, w tym 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 ofert. Na złożone zapytanie otrzymał wyjaśnienie, że wpisane osoby, które będą brały udział w realizacji przedmiotu zamówienia będą udostępnione przez wskazanego w ofercie podwykonawcę. Na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy o uzupełnienie dokumentów w odniesieniu do podwykonawcy z potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert tj. 23.04.2010 r., odwołujący uzupełnił dokumenty w odniesieniu do podwykonawcy przedkładając kserokopię informacji z KRK w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4 0 8 ustawy dla dwóch osób, które to dokumenty zostały wystawione dnia 17.05.2010 r. tj. 24 dni po otwarciu ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu na rozprawie z udziałem stron oraz uwzględniając dokumentację postępowania ustaliła i zważyła, co następuje.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wszczęto ogłoszeniem z dnia 30 marca 2010 r., w związku z czym mają do niego zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych uwzględniającej zmiany wprowadzone nowelizacjami uchwalonymi w 2009 r.

Jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający wymagał złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Termin składania ofert upływał dnia 23 kwietnia 2010 r. Oznacza to, że informacja datowana na dzień 21.04.2009 r. nie spełnia warunku aktualności opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu, postanowieniach siwz, a przede wszystkim § 2 ust. 1pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Również kolejna informacja datowana na dzień 17.05.2010 r. złożona na wezwanie zamawiającego nie może być uznana za potwierdzającą spełnianie warunków udziału w postępowaniu z uwagi na datę jej wydania. Należy bowiem stwierdzić, że dokumenty składane na wezwanie, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Jest oczywiste, że złożone kolejne informacje opiewają na znacznie późniejszą datę. Tym samym, na gruncie powołanego przepisu ustawy, nieuzasadnione jest twierdzenie odwołującego, że wymagany warunek nie figurowania w KRK, w odniesieniu do podwykonawcy – firmy WOD-KAN został potwierdzony.

W zakresie wniosku o nakazanie zwrotu odwołującemu wadium zatrzymanemu na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Izba stwierdza, że poza zakresem kognicji Krajowej Izby Odwoławczej pozostaje kwestia roszczeń cywilnoprawnych, do których należą spory o rozliczenia finansowe z tytułu wadium. W ocenie składu orzekającego, nie mającej jednak waloru przesądzającego, odwołujący w niniejszej sprawie dołożył staranności w pozyskaniu wymaganych dokumentów z KRK, jednakże biorąc pod uwagę, że dokumenty te dotyczyły podmiotu trzeciego, nie był w stanie przedłożyć dokumentów niezbędnych w zakresie wynikającym z przepisów prawa i postanowień siwz.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia orzeczono, jak w sentencji wyroku uznając, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

.....