

Sygn. akt KIO/UZP 732/10

WYROK

z dnia 11 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie w dniu **7 maja 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Azymut sp. z o.o., ul. Ostrowska 14, 63-440 Raszków (lider konsorcjum) oraz Tadeusza Badere** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Badera” Firma Produkcyjno-Handlowo – Usługowa, Dalachów 354, 46-325 Rudniki, Jana Marynowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Marynowski, ul. Gazowa 1, 46-200 Kluczbork, Elżbietę Gralę** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Grala” Grala Elżbieta, ul. Młyńska 5, 63-604 Baranów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław** protestu z dnia **9 kwietnia 2010r.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia oferty o aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla Tadeusza Badery oraz Elżbiety Grali lub udowodnienia, że Odwołujący nie może złożyć wskazanych dokumentów z przyczyn nie leżących po jego stronie,

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Azymut sp. z o.o., ul. Ostrowska 14, 63-440 Raszków** oraz **Tadeusza Baderę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Badera” Firma Produkcyjno - Handlowo – Usługowa, Dalachów 354, 46-325 Rudniki, Jana Marynowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Marynowski, ul. Gazowa 1, 46-200 Kluczbork, Elżbietę Gralę prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Grala” Grala Elżbieta, ul. Młyńska 5, 63-604 Baranów,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Azymut sp. z o.o., ul. Ostrowska 14, 63-440 Raszków** oraz **Tadeusza Badery prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Badera” Firma Produkcyjno - Handlowo – Usługowa, Dalachów 354, 46-325 Rudniki, Jana Marynowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Marynowski, ul. Gazowa 1, 46-200 Kluczbork, Elżbiety Grali prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Grala” Grala Elżbieta, ul. Młyńska 5, 63-604 Baranów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Azymut sp. z o.o., ul. Ostrowska 14, 63-440 Raszków** oraz **Tadeusza Badery prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Badera” Firma Produkcyjno – Handlowo – Usługowa, Dalachów 354, 46-325 Rudniki, Jana Marynowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą**

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Marynowski, ul. Gazowa 1, 46-200 Kluczbork, Elżbiety Grali prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „Grala” Grala Elżbieta, ul. Młyńska 5, 63-604 Baranów.

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, będąca centralnym organem administracji rządowej, zwana dalej „Zamawiającym” działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie w celu zawarcia umowy na bieżące utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu Oleśnica – zadanie 4.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 28 stycznia 2010r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 2 lutego 2010 r. pod nr 2010/S 22-030921, następnie sprostowane w dniu 6 marca 2010r. ogłoszeniem nr 2010/S 46-067027 oraz w dniu 9 marca 2010r. ogłoszeniem nr 2010/S 47-068386.

Ofertę w postępowaniu złożyli m.in. wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie Azymut sp. z o.o., ul. Ostrowska 14, 63-440 Raszków (lider konsorcjum) oraz Tadeusz Badera prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Badera” Firma Produkcyjno - Handlowo – Usługowa, Dalachów 354, 46-325 Rudniki, Jan Marynowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Marynowski, ul. Gazowa 1, 46-200 Kluczbork, Elżbieta Grala prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „Grala” Grala Elżbieta, ul. Młyńska 5, 63-604 Baranów zwani dalej „Odwołującym”.

W dniu 7 kwietnia 2010r. Zamawiający wezwał faksem Odwołującego m.in. do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy o aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla Tadeusza Badery oraz Elżbiety Grali lub do udowodnienia, że Odwołujący nie może złożyć wskazanych dokumentów z przyczyn nie leżących po jego

stronie. Zamawiający uznał powyższe wezwanie za konieczne, gdyż przedłożone wraz z ofertą zaświadczenia datowane były odpowiednio na dzień 9 listopada 2009r. oraz 1 grudnia 2009r., a zatem zostały wydane przed dniem 22 grudnia 2009r., w którym to dniu weszła w życie nowelizacja ustawy z dnia 5 listopada 2009r. zmieniająca w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy katalog przestępstw rozszerzając go o przestępstwa przeciwko środowisku. Zamawiający stwierdził, iż przedłożone przez Odwołującego zaświadczenia nie odnoszą się do tych przestępstw, a zatem nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 znowelizowanej ustawy.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący przedłożył w dniu 9 kwietnia 2010r. zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla Elżbiety Grali z dnia 22 marca 2010r. oraz dla Tadeusza Badery wystawione w dniu 19 marca 2010r. W tym samym dniu Odwołujący wniósł protest (wpływ bezpośredni do Zamawiającego) zarzucając czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia oferty o aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla Tadeusza Badery oraz Elżbiety Grali lub do udowodnienia, że Wykonawca nie może złożyć ww. dokumentów z przyczyn niezależnych od niego, naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt. 4 Pzp poprzez uznanie, iż informacje z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące Tadeusza Badery oraz Elżbiety Grali z adnotacją "nie figuruje" nie potwierdzają warunku udziału w postępowaniu pomimo tego, że dokumenty te zostały wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,
2. art. 26 ust. 3 Pzp w związku z § 11 ust. 2 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, ze. zm.) poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego Tadeusza Badery oraz Elżbiety Grali, pomimo, że złożone przez nich dokumenty z adnotacją "nie figuruje" potwierdzają, że osoba, której dotyczy zapytanie, w ogóle nie figuruje w Krajowym Rejestrze Karnym, z tytułu skazania za jakiegokolwiek przestępstwo, w tym także za przestępstwo przeciwko środowisku.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia oferty o aktualne

- informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla Tadeusza Badery oraz Elżbiety Grali,
2. uznanie oferty Odwołującego w tym zakresie jako spełniającej warunki udziału w postępowaniu oraz
 3. ewentualnie - w przypadku nie uznania zarzutów odwołania - o unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, iż nowelizacja ustawy z dnia 5 listopada 2009 r., wprowadzona ustawą o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r. Nr 206, poz. 1591), która weszła w życie w dniu 22 grudnia 2009 r., rozszerzyła o przestępstwa przeciwko środowisku katalog przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, za popełnienie których - w związku z prawomocnym ukaraniem - wyklucza się wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, iż wraz z ofertą przedłożył zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego zwanego dalej „KRK” wystawione dla Tadeusza Badery oraz Elżbiety Grali z adnotacją "nie figuruje" wydane przed wejściem w życie ustawy nowelizującej z dnia 5 listopada 2009 r., jednak wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Odnosząc się do przepisów ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (tj. Dz. U. z 2008 r. Nr 50, poz. 292), zwanej dalej „ustawą o KRK” oraz do § 10 pkt 2 i § 11 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w KRK wywodził, że w przypadku, gdy informacje o osobie, której dotyczy zapytanie lub wniosek, nie są zgromadzone w KRK, zapytanie lub wniosek zwraca się podmiotowi pytającemu lub wnioskodawcy z adnotacją "nie figuruje". Podkreślił, iż w takim przypadku informacja z KRK potwierdza, że osoba, której dotyczy zapytanie lub wniosek, w ogóle nie figuruje w KRK z tytułu skazania za jakiegokolwiek przestępstwo, w tym także za przestępstwo przeciwko środowisku. Dodał, iż wskazany sposób udzielenia informacji z KRK dotyczy także przypadku, gdy w zapytaniu lub wniosku określono zakres i rodzaj danych, które mają być przedmiotem informacji. Tym samym w ocenie Odwołującego informacje z KRK 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.

Zamawiający oddalił pismem z dnia 19 kwietnia 2010r. (przekazanym faksem tego samego dnia Odwołującemu) protest argumentując, iż zaświadczenie o niekaralności wydane przed datą wejścia w życie nowelizacji ustawy tj. przed dniem 22 grudnia 2009r. w odpowiedzi na zapytanie, w którym określono zakres danych nie obejmujący aktualnego katalogu przestępstw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy w okolicznościach wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp po nowelizacji tj. nie potwierdza braku skazania za przestępstwo przeciwko środowisku.

Odwołujący pismem z dnia 25 kwietnia 2010r. złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ bezpośredni w dniu 26 kwietnia 2010r.) przekazując je faksem w tym samym dniu Zamawiającemu. W odwołaniu podtrzymano wszystkie zarzuty zawarte w proteście. Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż w przypadku nie uwzględnienia zarzutów odwołania postępowanie powinno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający opisał sposób dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w punkcie 8.1.5. siwz w taki sposób, iż dokumenty złożone przez Odwołującego zgodnie z brzmieniem siwz doprowadziły Zamawiającego do uznania, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego tak sformułowany przez Zamawiającego opis sposobu oceny spełnienia warunku udziału wymusza złożenie takich dokumentów, które powodują jego wykluczenie.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia Stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust.1 Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, iż wobec naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które może mieć wpływ na wynik postępowania, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w pkt. 8.1.5. siwz wymagał od wykonawców, aby w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach wskazanych w art. 24 ust. 1 Pzp załączyli do oferty aktualne informacje z KRK w zakresie

określonym w art. 24 ust. 1 pkt od 4 do 8 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 11 marca 2010r. Odwołujący wraz z ofertą złożył m.in. zakwestionowane przez Zamawiającego zaświadczenia o niekaralności dla Tadeusza Badery z dnia 9 listopada 2009r. oraz dla Elżbiety Grali z dnia 1 grudnia 2009r. Zaświadczenia te – co jest bezsporne – zostały wystawione przed dniem 22 grudnia 2009r. tj. przed dniem wejścia w życie nowelizacji Pzp rozszerzającej katalog przestępstw, których popełnienie każe wykluczyć wykonawców z postępowania, o przestępstwa przeciwko środowisku. W treści wyżej wskazanych „Zapytań o udzielenie informacji o osobie” dotyczących Tadeusza Badery oraz Elżbiety Grali w pkt. 13 pn. „Zakres danych, które mają być przedmiotem informacji o osobie” został wskazany art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy.

Powyższy stan faktyczny należy oceniać z uwzględnieniem przepisów 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. Jak wynika z treści § 11 ust. 2 przywołanego rozporządzenia, jeśli dane osoby, której dotyczy zapytanie, nie są zgromadzone w KRK wówczas zapytanie zwraca się podmiotowi pytającemu z adnotacją „nie figuruje”. W takim przypadku – jak słusznie podniósł Odwołujący - informacja z KRK potwierdza, że osoba, której dotyczy zapytanie lub wnioski, w ogóle nie figuruje w KRK z tytułu skazania za jakiegokolwiek przestępstwo, w tym także za przestępstwo przeciwko środowisku. Izba podziela również pogląd Odwołującego, iż wskazany sposób udzielenia informacji z KRK dotyczy także przypadku, gdy w zapytaniu lub wniosku określono zakres i rodzaj danych, które mają być przedmiotem informacji. Ustawa o KRK oraz przywołane wyżej rozporządzenie wykonawcze do niej nie przewiduje odrębnego trybu udzielania informacji w takiej sytuacji.

Uwzględniając wskazaną wyżej argumentację Izba stoi na stanowisku, iż zaświadczenia z KRK wystawione dla Tadeusza Badery z dnia 9 listopada 2009r. oraz dla Elżbiety Grali z dnia 1 grudnia 2009r. zawierające informacje: „nie figuruje w Kartotece Karnej Krajowego Rejestru Karnego” potwierdzają brak podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy. Tym samym działanie Zamawiającego polegające na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia oferty o aktualne informacje z KRK dla ww. osób lub do udowodnienia, że Odwołujący nie może złożyć wskazanych dokumentów z przyczyn nie leżących po jego stronie należy uznać za naruszające art. 26 ust. 3 Pzp.

Nie potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 4 Pzp, który zobowiązuje Zamawiającego do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia osoby fizyczne prawomocnie skazane za wskazane w przywołanym przepisie przestępstwa, bowiem Zamawiający nie dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. W tym zakresie więc zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy uznać trzeba za co najmniej przedwczesny. Konsekwencji takich (wykluczenia z postępowania) nie wywołuje informacja zawarta w wezwaniu z dnia 7 kwietnia 2010r., w którym Zamawiający stwierdził, iż „nie uzupełnienie wymaganych dokumentów będzie skutkowało, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wykluczeniem z postępowania”. Przede wszystkim przywołane wezwanie do uzupełnienia może stanowić co najwyżej zapowiedź czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania. Ponadto należy zwrócić uwagę, iż wskazany w treści wezwania przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zawiera przesłankę wykluczenia z postępowania z powodu nie wykazania przez wykonawcę, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 ustawy w brzmieniu znowelizowanym. Zatem nie dotyczy przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 Pzp.

Wobec uwzględnienia odwołania Izba za bezprzedmiotowe uznała rozpatrywanie zgłoszonego na wypadek oddalenia odwołania zarzutu nieważności postępowania.

Uwzględniając powyższe na podstawie art. 191 ust. 1a ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego Izba orzekła na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3 600,00 zł tj. maksymalna kwota dopuszczona przez przywołane rozporządzenie.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....