

WYROK

z dnia 23 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę: **Blumenbecker Handel i Serwis Sp. z o.o., ul. Ligocka 103, 40-568 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Biblioteka Śląska, Plac Rady Europy 1, 40-568 Katowice,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Blumenbecker Handel i Serwis Sp. z o.o., ul. Ligocka 103, 40-568 Katowice,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Blumenbecker Handel i Serwis Sp. z o.o., ul. Ligocka 103, 40-568 Katowice,** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **Blumenbecker Handel i Serwis Sp. z o.o., ul. Ligocka 103, 40-568 Katowice** na rzecz zamawiającego: **Biblioteka Śląska Plac Rady Europy 1, 40-568 Katowice** kwotę **4 216 zł 82 gr.** (słownie: cztery tysiące dwieście szesnaście złotych osiemdziesiąt dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Biblioteka Śląska w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Serwis Instalacji technologicznej magazynu wysokiego składowania zwanej Instalacją Libromag”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 024-037437 w dniu 2 lutego 2013 r.

W dniu 4 kwietnia 2013 r. zamawiający przesłał odwołującemu Blumenbecker Handel i Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach informację o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Wykonawca wniósł odwołanie wobec powyższych czynności, w którym zarzucił naruszenie przez zamawiającego:

- art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez przyjęcie, że złożona przez dowołującego informacja z KRK nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania ofert,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 9 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 6 i § 4 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 dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), poprzez bezpodstawne wykluczenie, pomimo że odwołujący na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia informacji z KRK, w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, złożył dokument wykazujący brak podstaw do wykluczenia,
- art. 93 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania, pomimo złożenia przez odwołującego oferty niepodlegającej odrzuceniu,
- art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania przetargowego,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca podniósł następujące zarzuty:

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 9 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 6 i § 4 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 dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231).

Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 9). W odpowiedzi odwołujący złożył informację z KRK z dnia 22 marca 2013 r. Zamawiający nie uwzględnił tego dokumentu, wykluczył odwołującego i unieważnił postępowanie. Odwołujący podniósł, że w świetle art. 26 ust. 3 Pzp oraz z punktu widzenia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego istotne jest wykazanie spełnienia warunku na określony dzień, a zatem decydująca jest treść dokumentu, a nie data jego wystawienia. Takie stanowisko jest prezentowane w doktrynie oraz orzecznictwie KIO.

Odwołujący zwrócił uwagę na brak możliwości wcześniejszego zatarcia skazania, niż po 10 latach od wykonania, darowania lub przedawnienia wykonania kary pieniężnej, przepadku, zakazów oraz podania wyroku do wiadomości publicznej w kontekście art. 14 ust. 1 ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym oraz art. 43 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Odwołujący zauważył, że został wpisany do KRS w dniu 8 stycznia 2008 r., to nie mógł znajdować się w Rejestrze Karnym w ostatnim dniu przeznaczonym na składanie oferty, ponieważ z uwagi na 10-letni termin zatarcia skazania, nie mogło pomiędzy 18 a 22 marca 2013 r. dojść do zatarcia skazania. Zdaniem odwołującego w świetle przepisów ustawy Pzp należy przyjąć, że dokument zaświadczający stan faktyczny na dzień jej udzielenia, poświadcza również ten stan na dzień wcześniejszy.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

Odwołujący podniósł, że wykazał brak podstaw do wykluczenia i złożył ofertę najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie dokonał jednak wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Po odrzuceniu wszystkich ofert zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 23 kwietnia 2013 r.). Wniósł na oddalenie odwołania w całości. Zamawiający podniósł, że uzupełniony przez odwołującego dokument zawiera adnotację: „nie figuruje w kartotece Podmiotów Zbiorowych Krajowego Rejestru Karnego na dzień 22 marca 2013 r.” Tym samym odwołujący nie wykazał braku podstaw do wykluczenia na dzień nie później niż termin składania ofert, tj. 18 marca 2013 r.

Zamawiający wskazał, że powołane przez odwołującego przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane nie mają zastosowania w niniejszej sprawie z uwagi na datę ogłoszenia o zamówieniu tj. 31 stycznia 2013 r. Właściwe przepisy w tej sprawie to przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane.

Zdaniem zamawiającego przyjęcie wykładni celowościowej wskazywanej przez odwołującego wobec przepisu art. 26 ust. 3 Pzp i uznanie że zaświadczenie z KRK poświadcza dane w zakresie informacji sprzed czterech dni jest contra legem.

Zamawiający wskazał na zakończenie, że w związku z koniecznością odrzucenia oferty odwołującego zasadnym i koniecznym stało się unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialno-prawną do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło dwóch wykonawców, w tym odwołujący. Zamawiający odrzucił obie oferty i unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Oferta odwołującego została odrzucona w konsekwencji wykluczenia wykonawcy, który zdaniem zamawiającego nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu – w zakresie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp.

Odwołujący nie złożył w ofercie informacji z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzającej brak podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, tj. w zakresie potwierdzenia, że wobec podmiotu zbiorowego sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Warunek został określony przez zamawiającego w pkt VI.2.f specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz).

Zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 19 marca 2013 r. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, przywołując warunek opisany w pkt VI.2.f siwz. Zamawiający wyjaśnił w wezwaniu, że złożone w ramach uzupełnienia dokumenty powinny potwierdzać spełnianie

przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 18 marca 2013 r.

W odpowiedzi odwołujący wraz z pismem z dnia 26 marca 2013 r. złożył informację z KRK wydaną w dniu 22 marca 2013 r., w treści której zawarte jest potwierdzenie, że podmiot Blumenbecker Handel i Serwis Sp. z o.o. „nie figuruje w Kartotece Podmiotów Zbiorowych Krajowego Rejestru Karnego na dzień 22 marca 2013 r.” Informacja powyższa została wydana przez Punkt Informacyjny Krajowego Rejestru Karnego w Katowicach przy Sądzie Okręgowym.

Zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 3 Pzp, składane przez wykonawcę w ramach uzupełnienia dokumenty muszą potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert. Przepis ten nie wymaga zatem, aby data wystawienia dokumentu nie była późniejsza niż termin składania ofert, lecz aby treść dokumentu potwierdzała, że wykonawca spełniał warunek udziału w postępowaniu najpóźniej w tym dniu. Przepis powyższy umożliwia więc zarówno złożenie dokumentu, który został wystawiony przed terminem składania ofert i jest w posiadaniu wykonawcy, a jedynie przez przeoczenie nie został złożony wraz z ofertą, ale także złożenie dokumentu, który został wystawiony już po terminie składania ofert, ale w jego treści znajduje się potwierdzenie określonych okoliczności dotyczących wykonawcy, aktualnych w terminie składania ofert lub w dopuszczalnym okresie wcześniejszym.

Informacja z KRK ma nieco odmienny charakter od innych dokumentów wymaganych w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o tyle, że jest to dokument, który zaświadcza okoliczności wynikające z treści wpisów do Rejestru według stanu na dany dzień, w którym informacja jest udzielana. Aktualność tej informacji na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została określona w przepisie – w § 2 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817). Zgodnie z ww. przepisem informacja z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp jest traktowana jako aktualna - jeśli została wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert (lub wniosków). Zauważyć przy tym należy, że przepis ten nie dopuszcza żadnych wyjątków od powyższej zasady, tj. nie dopuszcza możliwości wykazania spełniania warunku w omawianym zakresie za pomocą jakichkolwiek innych dokumentów, ani możliwości uznania za aktualną informację z KRK – dokumentu wystawionego po terminie składania ofert.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że w świetle art. 26 ust. 3 Pzp decydująca jest treść dokumentu, a nie data jego wystawienia. W przypadku informacji z KRK to nie data wystawienia jest wyłączną przyczyną uznania, że dokument nie potwierdza braku podstaw

do wykluczenia. Istotna jest bowiem, tak jak w przypadku każdego uzupełnianego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp – treść całego dokumentu. Z treści informacji złożonej przez odwołującego wynika, że na dzień 22 marca 2013 r. odwołujący „nie figuruje w Kartotece Podmiotów Zbiorowych Krajowego Rejestru Karnego”. Nie jest to informacja wystarczająca do stwierdzenia, że wykonawca wykazał brak podlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 6 ww. rozporządzenia.

Odwołujący podnosił, że skoro został wpisany w KRS w dniu 8 stycznia 2008 r., to nie mógł znajdować się w Rejestrze Karnym w ostatnim dniu przeznaczonym na składanie oferty, ponieważ z uwagi na 10-letni termin zatarcia skazania, nie mogło pomiędzy 18 a 22 marca 2013 r. dojść do zatarcia skazania. Tym samym dokument zaświadczący stan faktyczny na dzień jej udzielenia, tj. 22 marca 2013 r. poświadcza również ten stan na dzień wcześniejszy.

Nie można się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego. Zauważyć należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter sformalizowany. Zamawiający ma obowiązek dokonywać badania i oceny ofert (także spełniania warunków udziału w postępowaniu) w oparciu o przepisy ustawy Pzp oraz przepisy wykonawcze. Ponadto zamawiający zobowiązany jest do zachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przepis § 2 ust. 1 pkt 6 ww. rozporządzenia wskazuje konkretny dokument wymagany w celu potwierdzenia spełniania warunku – informację z KRK. Przepis określa też termin, w którym dokument musi być wystawiony. Zamawiający nie może więc uwzględnić informacji z KRK wystawionej w innym terminie, niż określony w tym przepisie. Zauważyć należy, że gdyby ustawodawca dopuścił w tym zakresie wyjątki, to z pewnością zostałyby one w przepisie wskazane. Podkreślić należy, że nie dopuszczalna jest wykładnia przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, która prowadziłaby do sprzeczności z § 2 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Uznanie, wbrew dyspozycji § 2 ust. 1 pkt 6 ww. rozporządzenia, że informacja z KRK wystawiona w innym terminie, niż w nim określony, potwierdza brak podstaw do wykluczenia wykonawcy, musiałoby powodować konieczność badania sytuacji podmiotowej wykonawcy dodatkowo w oparciu o inne (dodatkowe) dokumenty, których zamawiający w tym przypadku nie może żądać od wykonawcy. W badanej sprawie, przykładowo, zamawiający musiałaby badać dodatkowo okoliczność daty wpisania odwołującego do KRS, czy to na podstawie oświadczenia wykonawcy, czy też innych dokumentów potwierdzających ten fakt. Działanie takie jest niedopuszczalne w świetle ww. przepisów.

W tych okolicznościach Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez przyjęcie, że złożona przez odwołującego informacja z KRK nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu w terminie, o którym mowa w tym przepisie, tj. nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert, nie potwierdził się. Wobec

powyższego, skoro zamawiający wyczerpał tryb wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, a wymagany dokument nie został złożony, nie jest możliwe przywrócenie odwołującego do postępowania. Izba uznała, że informacja z KRK nie spełnia wymogu § 2 ust. 1 pkt 6 ww. rozporządzenia, a tym samym odwołujący podlega wykluczeniu w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp. Wskazać również należy, że w niniejszej sprawie mają zastosowanie przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 lutego 2013 r., a zatem przed wejściem w życie (20 lutego 2013 r.) przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231). W związku z powyższym przepisy tego rozporządzenia nie mają zastosowania w niniejszej sprawie. Ponadto, powoływany przez odwołującego przepis § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia (a także rozporządzenia wcześniejszego) dotyczy wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Odwołujący ma siedzibę na terytorium RP, więc przepis ten nie ma zastosowania w niniejszej sprawie.

Biorąc pod uwagę, że nie potwierdził się zarzut dotyczący czynności zamawiającego, polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania, a także fakt, że druga oferta złożona w postępowaniu została skutecznie odrzucona (wykonawca nie wniósł odwołania) Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania z tego względu, że nie złożono w postępowaniu żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Tym samym niezasadniony jest zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).

Przewodniczący: