

WYROK
z dnia 30 kwietnia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2014 roku przez Odwołującego – **MCX Telecom Sp. z o.o., ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Gminę Gózd, ul. Radomska 7, 26-634 Gózd**,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu, tj. Gminie Gózd, ul. Radomska 7, 26-634 Gózd:
 - 1.1 unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
 - 1.2 unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego: MCX Telecom Sp. z o.o., ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa z postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
 - 1.3 dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego: MCX Telecom Sp. z o.o., ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Gminę Gózd, ul. Radomska 7, 26-634 Gózd,

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: MCX Telecom Sp. z o.o., ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego: Gminy Gózd, ul. Radomska 7, 26-634 Gózd, na rzecz Odwołującego: MCX Telecom Sp. z o.o., ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa, kwotę 13 600,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 756/14

Uzasadnienie

Gmina Gózd [zwana dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *INTERNET dla wszystkich – umożliwienie dostępu do szerokopasmowego internetu mieszkańcom z terenu gminy Gózd*, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 marca 2014 roku pod numerem: 73996 – 2014.

W dniu 11 marca 2014 r. Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, w którym zawarł informację o odrzuceniu ofert wykonawców: MCX Telecom Sp. z o. o. oraz FUO Sp. z o. o., a także o spełnianiu wymagań Zamawiającego i niepodleganiu odrzuceniu oferty złożonej przez BIT S.A. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że cena najkorzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu przewyższa kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz, że nie może zwiększyć kwoty zabezpieczonej w budżecie do ceny najkorzystniejszej oferty.

W dniu 16 kwietnia 2014 roku MCX Telecom Sp. z o. o. [zwana dalej „Odwołującym”], wniosła odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji bezpodstawnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty, pomimo że Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wykazał brak podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy;

- b) art. 7 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania pomimo faktu, iż Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wykazał brak podstaw do wykluczenia z postępowania, a oferta Odwołującego jest ofertą niepodlegającą odrzuceniu i jej cena nie przewyższa kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność unieważnienia postępowania,
- b) unieważnił czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz czynność odrzucenia jego oferty,
- c) dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego,
- d) dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, co następuje:

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zasadnie wezwał go do uzupełnienia aktualnego odpisu z właściwego rejestru dotyczącego Odwołującego, wobec braku złożenia wraz z ofertą przedmiotowego dokumentu.

Odwołujący podniósł także, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w wymaganym terminie, tj. w dniu 09.04.2014 r., przedłożył wymagany dokument, a mianowicie złożył Informację odpowiadającą odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców z dnia 2.04.2014 r. Zamawiający w piśmie z dnia 11.04.2014 r. wskazał, iż Odwołujący został wykluczony z postępowania z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunków na dzień, w którym upłynął termin składania ofert, tj. na dzień 27.03.2014 r.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób błędny dokonał oceny uzupełnionego dokumentu i bezpodstawnie uznał, iż jest on wadliwy.

Odwołujący stwierdził, iż dokument, w postaci aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jest składany w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a zatem ma za zadanie potwierdzać brak otwarcia likwidacji lub ogłoszenia upadłości wykonawcy. Odwołujący podkreślił, iż w treści uzupełnionego przez niego dokumentu brak jest wpisów zarówno w odniesieniu do likwidacji (Dział 6 Rubryka 1 odpisu z KRS), jak i postępowania upadłościowego (Dział 6 Rubryka 5 odpisu z KRS).

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonując oceny uzupełnionego dokumentu całkowicie pominął okoliczność, iż na samym początku odpisu z rejestru znajduje się informacja wskazująca, iż ostatni wpis do KRS miał miejsce w dniu 09.12.2013 r. Okoliczność ta, w ocenie Odwołującego, dowodzi, iż pomiędzy datą 09.12.2013 r. a dniem 02.04.2014 r., nie miał miejsca jakikolwiek wpis do KRS w odniesieniu do Odwołującego, a tym samym na dzień składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, nie miał i nie mógł mieć w ogóle miejsca żaden wpis odnoszący się do likwidacji bądź upadłości spółki Odwołującego.

Tym samym, w opinii Odwołującego, należy przyjąć, że uzupełniony przez niego aktualny odpis z rejestru, zawierający informacje wskazane powyżej, potwierdza brak podstaw do jego wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że Zamawiający powinien wziąć także pod uwagę to, że wraz z ofertą Odwołujący złożył oświadczenie o nie podleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik Nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które to oświadczenie nie budziło żadnych zastrzeżeń Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, w kontekście informacji ujawnionych w aktualnym odpisie z rejestru, bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców została wygenerowana już po upływie terminu składania ofert. Data wystawienia dokumentu nie może być powodem do wykluczenia Odwołującego z postępowania, w sytuacji, gdy treść uzupełnionego dokumentu potwierdza brak zaistnienia przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz 4 ustawy było konsekwencją m.in. uznania przez Zamawiającego, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a jego oferta odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. Natomiast, w sytuacji uznania czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty za bezpodstawne, oferta Odwołującego jako niepodlegająca odrzuceniu i zawierająca cenę mieszczącą się w kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie

zamówienia, powinna podlegać merytorycznej ocenie w świetle kryterium przyjętego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba zważyła i ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniona została materialnoprawna przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowana możliwością poniesienia przez niego szkody.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, której oryginał Zamawiający okazał w trakcie rozprawy.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów, podtrzymanych na rozprawie – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła, co następuje.

Izba uznała podniesione przez Odwołującego zarzuty za zasadne i uwzględniła odwołanie.

Podstawowym zarzutem odwołania było naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty, pomimo że Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wykazał brak podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że pomiędzy stronami nie było sporne, że Odwołujący został zasadnie wezwany do uzupełnienia dokumentu w postaci aktualnego odpisu z właściwego rejestru dotyczącego Odwołującego. Kwestią sporną pomiędzy stronami była ocena uzupełnionego dokumentu, a mianowicie czy potwierdza on spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Natomiast, z treści § 3 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający oraz form, w jakich te dokumenty mogą być przedstawione [Dz. U. z 2013 r., poz. 231] wynika, iż w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z 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, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Zgodnie z treścią SIWZ, wykonawcy byli zobowiązani do dostarczenia m.in. aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

W związku z faktem, iż do oferty Odwołujący załączył aktualny odpis z Krajowego Rejestru Sądowego spółki nie mającej związku z przedmiotowym postępowaniem, tj.: *Zakładu Budowlano – Sztukatorskiego Konserwacja Zabytków Domanieccy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa*, Zamawiający w dniu 7 kwietnia 2014 r. słusznie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym do przedłożenia aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, w terminie do dnia 9 kwietnia 2014 roku.

W odpowiedzi na w/w wezwanie Odwołujący w dniu 9 kwietnia 2014 roku przedłożył aktualny odpis z Krajowego Rejestru Sądowego datowany na dzień 2 kwietnia 2014 roku.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w

dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 27.03.2014 r., a w trakcie rozprawy podnosił, że z treści dokumentu uzupełnionego przez Odwołującego nie wynika, że potwierdza on spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego na dzień składania ofert.

Izba ustaliła, że z przedłożonego przez Odwołującego – na wezwanie Zamawiającego - odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego datowanego na dzień 2 kwietnia 2014 roku wynika, że MCX Telecom Sp. z o.o. została zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 27 grudnia 2010 roku, a ostatni wpis dotyczący tej spółki został dokonany w dniu 9 grudnia 2013 roku [numer wpisu 11]. W Dziale 6 w Rubryce 1 zatytułowanej – *Likwidacja* oraz w Rubryce 5 zatytułowanej – *Informacja o postępowaniu upadłościowym* widnieje adnotacja „*Brak wpisów*”.

W ocenie Izby dokument uzupełniony przez Odwołującego, tj. odpis z Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 2 kwietnia 2014 roku, potwierdza nie tylko stan aktualny na dzień 2 kwietnia 2014 roku, na co wskazywał Zamawiający, ale także potwierdza stan na dzień składania ofert, tj. na dzień 27 marca 2014 roku.

Z treści przedmiotowego dokumentu wprost bowiem wynika, że ostatni wpis w Krajowym Rejestrze Sądowym, dotyczący Odwołującego, miał miejsce w dniu 9 grudnia 2013 roku. Powyższe, w sposób oczywisty potwierdza, że pomiędzy dniem 9 grudnia 2013 roku [data ostatniego wpisu] a dniem 2 kwietnia 2014 roku [data dokumentu uzupełnionego przez Odwołującego] nie było żadnych wpisów, tym samym takich wpisów nie mogło być także pomiędzy dniem 27 marca 2014 roku [data składania ofert] a dniem 2 kwietnia 2014 roku. Z dokumentu tego wynika także, że na dzień 2 kwietnia 2014 roku nie figurowały żadne wpisy dotyczące likwidacji bądź upadłości dotyczące spółki Odwołującego. Zatem, jeśli pomiędzy dniem 9 grudnia 2013 roku a dniem 2 kwietnia 2014 roku nie było żadnych wpisów w Krajowym Rejestrze Sądowym dotyczących spółki Odwołującego, to uznać należy, iż także na dzień 27 marca 2014 roku w stosunku do Odwołującego nie widniały w Krajowym Rejestrze Sądowym wpisy dotyczące jego likwidacji bądź upadłości.

Wobec powyższego należy przyznać rację Odwołującemu, że składając uzupełniony, aktualny odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, wykazał w sposób nie budzący wątpliwości,

że spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień w którym upłynął termin składania ofert, tj. na dzień 27 marca 2014 roku oraz brak podstaw do wykluczenia w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił ponadto naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania pomimo faktu, iż Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wykazał brak podstaw do wykluczenia z postępowania, a oferta Odwołującego jest ofertą niepodlegającą odrzuceniu i jej cena nie przewyższa kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Powyższy zarzut jest konsekwencją zarzutu niezasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

W przedmiotowym postępowaniu brało udział trzech wykonawców, z czego odrzucono oferty dwóch wykonawców, w tym Odwołującego. Cena oferty trzeciego wykonawcy, która nie została odrzucona, przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający wskazał, że nie może zwiększyć kwoty zabezpieczonej w budżecie do ceny najkorzystniejszej oferty, wobec czego unieważnił postępowanie.

Skoro, Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu to oznacza, że bezpodstawnie został wykluczony, a jego oferta bezpodstawnie została odrzucona.

Szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego to 571.950,00 zł netto. Cena oferty złożonej przez Odwołującego to 557.962,00 zł netto, a zatem, tak jak wskazał Odwołujący, cena jego oferty nie przewyższa kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b) oraz § 5 ust. 2 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: