

Sygn. akt: KIO 1961/18

## WYROK

z dnia 15 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Anna Kuszel - Kowalczyk**

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2018 r. przez wykonawcę **ELIT POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa z siedzibą w Warszawie**,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **ELIT POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ELIT POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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: .....

Sygn. akt: KIO 1961/18

## Uzasadnienie

Zamawiający – Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa w Warszawie (dalej też „KOWR”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.) (dalej „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Serwis samochodów służbowych Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa*”, nr 861/2018/C (dalej „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 czerwca 2018 r. pod numerem 2018/S 103-235679.

Dnia 28 września 2018 roku wykonawca ELIT POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w

Krakowie (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust 1 oraz art. 26 ust. 3 Pzp poprzez potraktowanie pisma KOWR z dnia 10 sierpnia 2018 roku jako wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, podczas gdy było to pierwsze wezwanie KOWR do przedłożenia dokumentów pochodzących od organów/sądów zagranicznych (wcześniej KOWR wzywał wyłącznie o przedłożenie zaświadczeń z KRK, a więc rejestru polskiego), a tym samym niezgodnie z Pzp. Wykonawca nie mógł pozwolić sobie na jakąkolwiek nieścisłość czy omyłkę w ramach dokumentów pochodzących od organów/sądów zagranicznych, co było oczywiście sprzeczne z ustawą;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, podczas gdy Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z § 14 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania z uwagi na nieprzedłożenie dokumentów potwierdzających niekaralność członków Zarządu, podczas gdy oryginały dokumentów zostały, zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 10 sierpnia 2018 roku, wysłane drogą pocztową niezwłocznie, a nadto skany tychże dokumentów zostały wysłane drogą elektroniczną;

- 4)art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu oferty Odwołującego za odrzuconą, pomimo iż wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- 5)art. 24 ust. 1 pkt 12 w. zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, iż Odwołujący nie uzupełnił aktualnych na dzień złożenia informacji dotyczących członków Zarządu Spółki, podczas gdy Odwołujący przekazał Zamawiającemu w odpowiedniej formie wszystkie niezbędne informacje oraz dokumenty, w związku z czym Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego, mimo iż posiada wszystkie aktualne informacje, których zażądał od Odwołującego;
- 6)art. 46 ust. 4a Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami, podczas gdy niezłożenie przez Odwołującego dokumentów, do których wezwał go Zamawiający w dniu 10 sierpnia 2018 roku na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, nie miało miejsca z przyczyn leżących po stronie Odwołującego;
- 7)art. 46 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie, tj.: niezwrócenie Odwołującemu wadium wraz z odsetkami, podczas gdy niezłożenie przez Odwołującego dokumentów, do których wezwał go Zamawiający w dniu 10 sierpnia 2018 roku na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, nie miało miejsca z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, w związku z czym wadium wraz z odsetkami powinno zostać zwrócone Odwołującemu.

Ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów, Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 8)art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 85 ust. 1 w zw. art. 85 ust. 4 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wykluczeniu Odwołującego w dniu 20 września 2018 roku z niewłaściwych przyczyn, podczas gdy Odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, w związku z czym wykluczenie powinno nastąpić z innego powodu;
- 9)art. 85 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji gdy Wykonawca nie wyraził w sposób skuteczny zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a tym samym wadium podlega zwrotowi (brak podstaw do zatrzymania wadium).

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1)unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 20 września 2018 roku polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 20 września 2018 roku polegającej na uznaniu oferty Odwołującego za odrzuconą,
- 2)zobowiązanie Zamawiającego do powtórzenia czynności badania przedłożonych przez Odwołującego dokumentów potwierdzających okoliczność, że Elit Polska sp. z o.o., spełnia wymogi udziału w postępowaniu.

Ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia wniosku z punktu 2 powyżej, Odwołujący wniósł o:

- 3)unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na zatrzymaniu udzielonego przez Odwołującego wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp,
- 4)nakazanie Zamawiającemu zwrotu Odwołującemu zatrzymanego wadium wraz z odsetkami w terminie 7 dni od ogłoszenia wyroku.

W każdym zaś przypadku, niniejszym Odwołujący wniósł o:

- 5)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, a to:
  - a)informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców KRS Elit Polska sp. z o.o. na okoliczność osób upoważnionych do reprezentacji Odwołującego,
  - b)protokołu postępowania i załączników do niego, tj. pełnej dokumentacji postępowania będącej w posiadaniu Zamawiającego,
  - c)ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ zamówienia na okoliczności wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
  - d)dokumentów przedłożonych wraz z niniejszym odwołaniem.
- 6)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu poniesionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunków przedstawionych na rozprawie.

## **I.Zarzuty podstawowe**

Odwołujący przedstawiając argumentację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania podał, że w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożył ofertę, która następnie została oceniona jako najkorzystniejsza.

Wdniu 26 lipca 2018 roku KOWR wezwał Odwołującego pismem znak:

CEN.BPZP.WZ.260.25.2018.EKA.27 wysłanym drogą elektroniczną (zgodnie z pkt. XIII.2 SIWZ wszelkie oświadczenia pytania, wnioski, zawiadomienia oraz inne informacje Zamawiający oraz Wykonawcy będą przekazywać sobie pisemnie lub drogą elektroniczną) do sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej oraz przedłożenia w trybie art. 26 ust. 1 Pzp m.in. aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów, w celu wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13,14 i 21 Pzp - informacji z Krajowego Rejestru Karnego („KRK”).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący niezwłocznie przesłał (zarówno drogą pocztową, jak i elektroniczną) Zamawiającemu — zgodnie z jego oczekiwaniami - aktualne zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego o niekaralności: (i) podmiotu zbiorowego — ELIT, oraz wszystkich ówczesnych członków zarządu, tj.: (ii) J. N., (iii) J. Q., (iv) A. C., (v) S. G., (vi) D. C., (vii) P. S. oraz (viii) M. D. .

Następnie w dniu 10 sierpnia 2018 roku KOWR zwrócił się do ELIT w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie aktualnych na dzień złożenia informacji z odpowiedniego rejestru informacji dotyczących J. N., J. Q. oraz A. C., iż nie zostali oni prawomocnie skazani za przestępstwo, o którym mowa w art. 24 ust 1 pkt 14 Pzp.

Odwołujący podkreśla, iż wezwanie z 26 lipca 2018 roku dotyczyło jedynie informacji z KRK, natomiast zgodnie z wezwaniem z dnia 10 sierpnia 2018 roku wymagano informacji z *odpowiedniego rejestru*. Odwołujący uznał zatem, iż poprzednie wskazywało jednoznacznie, że wymagane są jedynie zaświadczenia z KRK. W związku z tym, iż Odwołujący prawidłowo wykonał wezwanie z 26 lipca 2018 roku przedkładając wszystkie żądane przez Zamawiającego dokumenty, pismo z dnia 10 sierpnia 2018 roku, w jego ocenie nie mogło zostać potraktowane jako wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie zaszyły żadne wskazane tam okoliczności, ponieważ Wykonawca złożył kompletne, nie zawierające błędów ani nie budzące wątpliwości dokumenty, których przedłożenia żądał Zamawiający.

W związku z powyższym pismo z dnia 10 sierpnia 2018 roku, w ocenie Odwołującego, mogło zostać potraktowane jako wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp lub co najwyżej jako uzupełnienie wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, a kolejne pismo KOWR, tj. pismo z dnia

17 września 2018 roku (wskazujące jako podstawę prawną art. 26 ust 4 Pzp) powinno być traktowane w rzeczywistości jako wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Dlatego też, niezrozumiała dla Odwołującego była uwaga KOWR zawarta w piśmie z 10 sierpnia 2018 roku, gdzie wskazano, że: „Zamawiający wyjaśnia, że w odniesieniu do osób mających miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, informacje z polskiego Krajowego Rejestru Karnego nie są dokumentami prawidłowymi” co stoi w oczywistej sprzeczności z literalną treścią wezwania z 26 lipca 2018 roku. Powyższe rozbieżności postawiły Wykonawcę w niekorzystnej sytuacji, gdyż po pierwsze, skrócono o blisko 3 tygodnie postępowanie uzupełniające, a po drugie - co istotniejsze - Wykonawca nie mógł pozwolić sobie na jakikolwiek błąd w zakresie dokumentacji pochodzącej od zagranicznych organów, ponieważ nie było trybu do uzupełnienia ewentualnej pomyłki - taki tryb procedowania był oczywiście sprzeczny z art. 26 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 Pzp.

Do dnia 12 września 2018 roku Odwołujący wykonał wezwanie z 10 sierpnia 2018 roku przedkładając informacje z odpowiednich rejestrów dotyczące członków zarządu ELIT w osobach J. N. oraz A. C. . Natomiast, z uwagi na trudności z uzyskaniem odpowiednich dokumentów w przypadku J. Q. do dnia 12 września 2018 roku przedstawił zaświadczenie wydane przez ASURINT — podmiot gromadzący takie informacje. Żądane informacje przekazał wraz z tłumaczeniem.

W dniu 17 września 2018 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, powołując się na art. 26 ust. 4 Pzp w sprawie przedłożonych dokumentów J. Q. w terminie do dnia 18 września 2018 roku. Wątpliwości Zamawiającego dotyczyły tego, czy przedłożone dokumenty pochodziły z odpowiedniego rejestru. To wezwanie Zamawiającego z dnia 17 września 2018 roku powinno być, zdaniem Odwołującego, w rzeczywistości traktowane jako wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Pismem z dnia 18 września 2018 roku, a więc w zakreślonym terminie (w rzeczywistości będącym terminem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp), Wykonawca poinformował, iż w dniu 11 września 2018 roku J. Q. złożył rezygnację z pełnienia funkcji członka Zarządu ELIT (oświadczenie o rezygnacji dotarło do Spółki w dniu 18 września 2018 roku). W związku z tym, w dniu 18 września 2018 roku J. Q. nie był już członkiem Zarządu, a więc nie było potrzeby przedkładania dokumentów dotyczących p. J. Q. . Tym samym, w dniu 18 września 2018 roku Zamawiający dysponował wszystkimi aktualnymi dokumentami dotyczącymi wszystkich członków Zarządu Odwołującego. Dnia 20 września 2018 roku Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp argumentując, iż Wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp odnośnie członków Zarządu mających miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czyli A. C., J. N. i J. Q. . Wskazano również, że Wykonawca nieprawidłowo wykonał wezwanie w trybie art. 26 ust 1 Pzp z dnia 26 lipca 2018 roku, gdyż przedłożył informacje z KRK, mimo że do przedłożenia właśnie tych dokumentów wezwał go Zamawiający.

Wskazano też, że nie przedłożono dokumentów w odpowiedniej formie, mimo iż, tak jak w całej dotychczasowej korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą (która obejmowała również inne wezwania) dokumenty zostały przesłane drogą elektroniczną i pocztową. Kolejną okolicznością determinującą wykluczenie było nie przedłożenie dokumentów dotyczących J. Q., co - jak podkreślono powyżej - było całkowicie zbędne z uwagi na złożoną przez niego rezygnację. Argument jest niezrozumiały dla Odwołującego, gdyż wykonując prawidłowo wezwanie (tj. przedkładając zaświadczenie o niekaralności J. Q.) Wykonawca przekazałby nieaktualne informacje na temat członków Zarządu, co w jego opinii, stoi w całkowitej sprzeczności z założeniami ustawodawcy, który wymaga możliwie jak najbardziej aktualnych informacji, o czym szczegółowo poniżej.

Podsumowując, Odwołujący uznał, iż nie zaszyły żadne podstawy wskazane przez Zamawiającego, które mogłyby uzasadniać wykluczenie Wykonawcy z postępowania, co sprawia, iż czynności podjęte przez Zamawiającego są niezgodne z przepisami Pzp.

Odwołujący zarzucił w szczególności, że:

1. brak było podstaw do wykluczenia Wykonawcy, albowiem na chwilę wykluczenia nie było konieczne uzyskanie dokumentów dot. niekaralności J. Q., albowiem nie pełnił On już funkcji członka zarządu Elit Polska sp. z o. o. po złożonej rezygnacji,
2. w terminie do dnia 18 września 2018 roku, który powinien być traktowany jako termin wynikający z art. 26 ust. 3 Pzp przedłożono dokumenty dotyczące wszystkich urzędujących członków zarządu Elit Polska sp. z o.o. (J. Q. złożył rezygnację z dniem 18 września 2018 roku),
3. wszelkie dokumenty przesyłane w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego zostały wysłane pocztą niezwłocznie - brak było określonego terminu na wysłanie dokumentów, a pojęcie „niezwłocznie” oznacza bez zbędnej zwłoki, zazwyczaj jest to ok. 14 dni,
4. nawet gdyby wykluczenie Odwołującego było uzasadnione, to inna powinna być podstawa wykluczenia i brak jest podstaw do zatrzymania wadium, a to szczególnie mając na uwadze, że Odwołujący czynił starania celem pozyskania wymaganych dokumentów (co było niemożliwe w tak krótkim czasie), a ponadto w przypadku nieprzedłużenia okresu związania ofertą nie istnieje możliwość zatrzymania wadium.

Przedstawiając stan prawny, Odwołujący sformułował ocenę, że od momentu wyboru oferty ELIT jako najkorzystniejszej Zamawiający dopuścił się szeregu naruszeń ustawy Pzp, czego skutkiem było bezpodstawne wykluczenie Wykonawcy z postępowania oraz bezpodstawne zatrzymanie wadium.

Odnośnie wykonania wezwania do przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, Odwołujący zauważył, iż zgodnie ze znowelizowanymi przepisami ustawy Zamawiający jest zobligowany wezwać wykonawcę którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Ustawodawca przewidział jednak możliwość ponownego wezwania do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień, jeśli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości. Samo postępowanie uzupełniające ma zatem dwuetapowy charakter, przy czym pierwszy etap jest obligatoryjny (art. 26 ust. 1), natomiast drugi - z uwagi na jego sanacyjny charakter — jest fakultatywny i może zostać zastosowany wyłącznie, jeżeli wykonawca nie wykona nałożonych na niego przez Zamawiającego obowiązków (art. 26 ust. 3).

W opinii Odwołującego, powyższe uwagi są istotne, gdyż w realiach niniejszej sprawy Odwołujący przedłożył dokumenty, których przedłożenia wymagał Zamawiający w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, a w związku z tym - biorąc pod uwagę subsydiarny charakter trybu z art. 26 ust. 3 Pzp - należy rozważyć, jaki charakter miały kolejne pisma w sprawie, które dotyczyły uzupełnienia lub wyjaśnień.

Odwołujący wskazał, że w dniu 26 lipca 2018 roku KOWR wezwał ELIT pismem m.in. do przedłożenia w trybie art. 26 ust. 1 Pzp aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów, w celu wykazania raku podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 13, 14 i 21 Pzp - informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczących członków organu zarządzającego, co Wykonawca niezwłocznie uczynił. Tym samym, wezwanie KOWR z 26 lipca 2018 roku zostało w całości prawidłowo wykonane, ponieważ przedłożone dokumenty odpowiadały tym, których przedłożenia wymagał Zamawiający. Czynności podjęte przez ELIT odpowiadały zatem w 100% temu, czego wymagał KOWR jako Zamawiający. Należy zatem uznać, iż nie było podstaw do ewentualnego zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp w celu sprostowania, uzupełnienia czy złożenia jakichkolwiek wyjaśnień.

W ocenie Odwołującego, o ile Zamawiający żądał innych dokumentów niż jednoznacznie wskazane przez siebie w piśmie z dnia 26 lipca 2018 roku, należało ponowić lub przynajmniej uzupełnić wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, a nie stosować trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, albowiem pozbawiało to Odwołującego możliwości skorzystania z prawa do uzupełnienia przedłożonych dokumentów.

Odnosnie niewłaściwego zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp, Odwołujący podniósł, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp zostało prawidłowo wykonane, następnie pismo KOWR, a więc pismo z dnia 10 sierpnia 2018 roku może zostać potraktowane wyłącznie jako wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp lub co najwyżej jako uzupełnienie wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, a kolejne pismo KOWR, tj. pismo z dnia 17 września 2018 roku (wskazujące jako podstawę prawną błędnie art. 26 ust. 4 Pzp) powinno być traktowane w rzeczywistości jako wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Z powyższego Odwołujący wywiódł, że dopiero pismo z dnia 17 września 2018 r., będzie mogło zostać uznane za wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a w konsekwencji termin na przedłożenie odpowiednich dokumentów (bądź udzielenia informacji dotyczących aktualnego składu Zarządu) wyznaczony w trybie art. 26 ust. 3 Pzp upływał w dniu 18 września 2018 roku.

Odwołujący wskazał ponadto, że wezwanie dotyczące przedłożenia odpowiednich dokumentów dotyczących J. N. oraz A. C. zostało wykonane w dniu 12 września 2018 roku, w związku z czym powyższy problem dotyczy wyłącznie J. Q. .

Odwołujący przedstawił również argumentację dot. interpretacji pojęcie „aktualność” w kontekście żądanych informacji i dokumentów, wskazując, że zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów. Przedkładane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp (lub ewentualnie ust. 3, który jest trybem „uzupełniającym” do trybu z ust. 1) dokumenty powinny być zatem aktualne (odpowiadać rzeczywistości stanowi faktycznemu) na dzień ich składania, a nie żądania ich złożenia. Odwołujący podniósł, że powyższe stanowisko jest powszechnie aprobowane zarówno przez doktrynę, Urząd Zamówień Publicznych („UZP”), jak i sądownictwo. W pierwszej kolejności Odwołujący szeroko przytoczył stanowisko UZP, z publikacji „Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia.

Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp”. Następnie Odwołujący przywołał stanowisko doktryny, gdzie - w ślad za orzecznictwem KIO — zauważa się, że: „Krajowa

Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że sytuację, w której Zamawiający otrzymał dokumenty bardziej aktualne niż których żądał (oczekiwanie Zamawiającego wyrażone w wezwaniu z 16 marca 2017 r. sprowadzało się bowiem do konieczności przedstawienia zaświadczeń stwierdzających stan sprzed prawie miesiąca) - należy ocenić pozytywnie, jako odpowiadającą wymogowi oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy w oparciu o możliwie najnowsze informacje” (za *Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III, por. też wyrok KIO z 9.05.2017 r., sygn. 785/17, LEX nr 2312290*). Powyższe, zdaniem Odwołującego potwierdza, iż dla oceny prawidłowości działań wykonawcy, kluczowe są dwie okoliczności: założenie ustawodawcy, który wymaga przedkładania możliwie jak najbardziej aktualnych informacji oraz moment „aktualności” oświadczenia (właściwym jest moment złożenia, a nie żądania jego złożenia). Odwołujący przyjął, że w niniejszej sprawie miarodajną datą, w przypadku J. Q., będzie 18 września 2018 roku, bo to właśnie wtedy złożył oświadczenie w jego sprawie, w którym wskazał, iż osoba ta nie jest już członkiem Zarządu. Odwołujący zauważył, że dosłowne wykonanie wezwania do przedłożenia zaświadczenia z odpowiedniego rejestru o niekaralności J. Q. oznaczałoby przedłożenie nieaktualnej informacji, co całkowicie przeczy idei aktualizacji danych dotyczących Wykonawcy. Po otrzymaniu pisma ELIT z dnia 18 września 2018 roku Zamawiający posiadał wszystkie AKTUALNE dokumenty oraz informacje na temat wszystkich członków Zarządu Spółki, co czyni późniejsze wykluczenie całkowicie bezpodstawnym.

W zakresie zachowania odpowiedniej formy dokumentów, Odwołujący wyjaśnił, iż zgodnie z wszystkimi pismami (w tym wezwaniami) Zamawiający żądał przesłania dokumentów na adres e-mail:zamowienia.publiczne@kowr.gov.pl a następnie niezwłocznego nadania w oryginale pocztą na adres KOWR. Dokumenty z odpowiednich rejestrów dotyczące J. N. i A. C. zostały wysłane drogą elektroniczną oraz drogą pocztową (sposób przekazania dokumentów były taki sam, jak w poprzednich przypadkach, odpowiadał sposobowi prowadzonej dotychczas korespondencji i czynił zadość wymaganiom stawianym przez Zamawiającego w wezwaniu). W związku z powyższym, wykluczenie ELIT z powodu niezachowania odpowiedniej formy dokumentów, w ocenie Odwołującego, jest całkowicie bezpodstawne.

## **II. Zarzuty ewentualne**

Odwołujący zauważył, że nawet przyjmując, iż wykluczenie ELIT przez Zamawiającego było prawidłowe, w piśmie z 20 września 2018 roku KOWR wskazał, że zatrzymuje wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp, tj. z

przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, gdyż nie złożył on dokumentów potwierdzających niekaralność członków Zarządu mających miejsce zamieszkania poza terytorium RP, natomiast zgodnie z powszechnie przyjętym stanowiskiem art. 46 ust 4a Pzp odnosi się do zawinonego działania wykonawcy, sankcjonując przede wszystkim bierność, co jest odzwierciedleniem intencji ustawodawcy, który chciał przeciwdziałać zgomotom przetargowym (a nie sankcjonować wszelkie naruszenia). Odwołujący przywołał następującą tezę, z komentarza M. Jaworskiej- „Cel wprowadzenia komentowanego przepisu, tj. potrzebę, wyeliminowania zmiot przetargowych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego odzwierciedla uzasadnienie do projektu ówczesnej nowelizacji: „obecna regulacja sprzyja sytuacji, w której grupa będących w porozumieniu wykonawców może powodować, że zamówienie jest udzielane temu spośród nich, który zaoferował najwyższą, cenę. Wykonawcy ci mogą celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń, a następnie, już po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu, podlegając jedynie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Mając to na uwadze, celowe jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, z sytuacją wykonawcy uchylającego się od zawarcia umowy lub nie wnoszącego wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przyczyni się to do zrjonalizowania wydatkowania środków publicznych” (uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z 24.4.2008 r., druk sejmowy Nr 471, Sejm VI kadencji)”— *por. Art. 46 PZP red. Jaworska 2018, wyd. 6/M. Jaworska.*

Odwołujący przywołał również wyrok Sądu Najwyższego, z dnia 7 lipca 2011 roku, sygn. akt: II CSK 675/10 oraz stanowisko UZP, wyrażone w opinii „Zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych”.

Odwołujący argumentował, że w niniejszej sprawie nie sposób zarzucić winy, a tym bardziej bierności Wykonawcy, który na bieżąco korespondował z Zamawiającym, a nie przedłożenie zaświadczenia z odpowiedniego rejestru J. Q. wynikało z przyczyn obiektywnych, gdyż jedynym uprawnionym do złożenia wniosku o wydanie takiego zaświadczenia był właśnie — były już członek Zarządu — J. Q., a dodatkową trudnością było (ewentualne) zachowanie wyznaczonych terminów, gdyż pozyskanie dokumentów ze Stanów Zjednoczonych wymaga zdecydowanie więcej czasu niż w przypadku innych członków Zarządu z Europy. Nie sposób zatem przypisać Wykonawcy złej woli, a w konsekwencji winy. Wykonawca uzyskał taki dokument (ASURIN) jaki był dostępny, zaś następnie dokumenty dot. J. Q. okazały się zbędne z uwagi na złożoną rezygnację. W związku z powyższym, zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a, w ocenie Odwołującego, było niezasadne, gdyż nie wystąpiły po jego stronie jakiegokolwiek okoliczności, które uzasadniałyby zatrzymanie wadium. A zatem Zamawiający zobowiązany jest zwrócić Wykonawcy wadium na podstawie art. 46 ust. 1 Pzp.

Ponadto, z najdalej posuniętej ostrożności, Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. XVI.6 SIWZ oferta musiała być sporządzona w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Jako że SIWZ nie przewidywał żadnych postanowień dotyczących zmiany umowy, w tym zakresie zastosowanie znajdują przepisy kodeksu cywilnego, a dokładniej art. 77 § 1 k.c., zgodnie z którym uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia. W związku z tym, jakkolwiek zmiana oferty winna być sporządzona w formie pisemnej. Jednym z elementów oferty jest termin związania. Zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Biorąc pod uwagę rozważania dotyczące formy zmiany oferty, Odwołujący uznał, że ewentualna samodzielna zmiana lub wniosek Zamawiającego powinien przybrać formę pisemną pod rygorem nieważności.

W niniejszej sprawie Odwołujący był związany ofertą przez 60 dni, przy czym bieg terminu rozpoczął się wraz z upływem terminu składania ofert (tj. 10 lipca 2018 roku). W dniu 29 sierpnia 2018 roku Zamawiający drogą elektroniczną przesłał do ELIT pismo z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 06 listopada 2018 roku. Wskazano przy tym, iż odmowa wyrażenia takiej zgody nie powoduje utraty wadium. Wykonawca zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą, jednak również zrobił to w formie elektronicznej. W związku z powyższym, Odwołujący uznał, iż oświadczenia obydwu stron w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą były nieważne i nie wywołały żadnych skutków prawnych. ELIT powinno było być wykluczone z postępowania w związku z nieprzedłużeniem terminu związania ofertą, a Zamawiający powinien zwrócić Spółce wadium albowiem powodem wykluczenia powinno być nieprzedłużenie terminu związania ofertą.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania i szeroko przedstawiając własną

argumentację.

Do postępowania odwoławczego, nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając całość dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ), oferty wykonawców, korespondencję pomiędzy zamawiającym i wykonawcami, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

#### **Izba ustaliła**

Izba na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem ustaliła co następuje:

Odwołujący, w terminie składania ofert, złożył ofertę najkorzystniejszą we wszystkich częściach postępowania. W ofercie wykonawca oświadczył, że zapoznał się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) oraz Istotnymi Postanowieniami Umowy i nie wnosi do nich zastrzeżeń.

W związku z tym Zamawiający w dniu 26.07.2018 r. wystosował do Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwanie do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia o których mowa w art. 24 Pzp, m.in. na podstawie ust. 1 pkt.13, 14 i 21 tego przepisu – tj. do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w ww. określonym zakresie. Zamawiający na złożenie m.in. ww. dokumentów wyznaczył termin 6.08.2018 r., określając również formę w jakiej dokumenty te mają być złożone.

Zamawiający wzywając wykonawcę do złożenia przedmiotowych dokumentów powtórzył brzmienie pkt. XI.B.18 SIWZ. Sposób składania dokumentów przez wykonawców mających siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w odniesieniu do osoby mającej miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej został określony przez Zamawiającego w pkt. XI.B.23 SIWZ i stanowi odzwierciedlenie regulacji § 8 ust.1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dn. 26.07.2018 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz.1126).

Odwołujący w dn. 1.08.2018 r. wystąpił do Zamawiającego drogą elektroniczną o wydłużenie terminu złożenia zaświadczeń o niekaralności członków zarządu, argumentując, że w zarządzie Elit Polska są również obcokrajowcy i z racji tego wydłuża się czas na uzyskanie wymaganych dokumentów. Jednocześnie zaproponował termin złożenia ww. dokumentów na dzień 17.8.2018r.

Zamawiający w dniu 3.08.2018 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu złożenia dokumentów do dnia 17.8.2018r., o czym poinformował Odwołującego drogą elektroniczną, przesyłając mu stosowne pismo.

W dniu 8.08.2018 r. Odwołujący przesłał drogą elektroniczną (a następnie przesyłką kurierską w dniu 9.08.2018r. doręczył oryginały) Zamawiającemu skany zaświadczeń o niekaralności członków zarządu wystawione w dn. 8.08.2018r. przez Krajowy Rejestr Karny, w tym dla członków zarządu dla których wskazano jako miejsce zamieszkania miejsca poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

W dniu 10.08.2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia, informacji z odpowiedniego rejestru lub w przypadku braku takiego rejestru innych równoważnych dokumentów wydanych przez właściwe organy sądowe lub administracyjne krajów, w których miejsce zamieszkania mają członkowie zarządu Odwołującego – A. C., J. N., J. Q., potwierdzających, że ww. nie zostali prawomocnie skazani za przestępstwo w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, jednocześnie wyznaczając termin na złożenie przedmiotowych dokumentów na dzień 12.09.2018 r. Ponadto w ramach treści pisma Zamawiający pouczył Odwołującego o wymaganej formie, w jakiej mają zostać złożone dokumenty

W dniu 29.08.2018 r. Zamawiający działając na podstawie art. 85 ust. 2 i 4 Pzp, wezwał Odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie do dnia 06.11.2018 r. terminu związania ofertą na wykonanie zamówienia w częściach 1-18 oraz na przedłużenie okresu ważności wadliwych wniesionych do częściach nr 1-18 zamówienia. W odpowiedzi na ww. pismo Odwołujący przesłał drogą elektroniczną skan pisma datowanego na dzień 05.09.2018 r. podpisanego przez dwóch członków zarządu w osobach P. S. Prezes Zarządu oraz S. G. Dyrektor Finansowy Członek Zarządu, tj. zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w aktualnym odpisie z KRS, w którym wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 06.11.2018 r.

W dniu 07.09.2018 r. Odwołujący przesłał drogą elektroniczną Zamawiającemu zaświadczenie o niekaralności członków zarządu w osobach A. C., J. N. pochodzące z właściwych rejestrów państw ich zamieszkania. Jednocześnie

wystąpił do zamawiającego o przedłużenie terminu do złożenia dokumentów do dnia 28.09.2018 r.

Następnie w dniu 10.09.2018 r. Odwołujący ponownie przesłał drogą elektroniczną ww. dokumenty oraz dokument pochodzący z firmy „ASURINT”, który stanowił, w ocenie Odwołującego zaświadczenie o niekaralności J. Q., bez tłumaczenia na język polski.

W dniu 11.09.2018 r. drogą elektroniczną Odwołujący zwrócił się ponownie do Zamawiającego z prośbą o przedłużeniu terminu na uzupełnienie dokumentów argumentując, że „brakuje nam tylko tłumaczenia zaświadczenia o niekaralności Pana J. Q. które jest już przesłane do tłumaczenia. Proponuję termin 21 wrzesień 2018”.

W dniu 12.09.2018 r. Odwołujący drogą elektroniczną przesłał skan tłumaczenia dokumentów pochodzących z firmy „ASURINT” oraz oświadczył: „W załączniku przysyłam brakujące tłumaczenia zaświadczenia o niekaralności Pana J. Q. . Oryginały oczywiście niezwłocznie przesyłam kurierem. Bardzo proszę o potwierdzenie odbioru oraz informację, że wszystkie wskazane przez Państwa dokumenty zostały dostarczone”.

W dniu 17.09.2018 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentu przesłanego w dniu 10.09.2018 r., wskazując, że pierwotnie we wniosku do Krajowego Rejestru Karnego miejsce zamieszkania J. Q. zostało określone jako Londyn, Wielka Brytania (wniosek do KRK), natomiast w treści uzupełnianego w trybie 26 ust. 3 Pzp dokumentu pochodzącego z firmy „ASURINT” zawarto informację o miejscu zamieszkania w Scottsdale (Arizona) Stany Zjednoczone. Jednocześnie Zamawiający wezwał do udzielenia odpowiedzi w nieprzekraczalnym terminie do 18.09.2018 r. wraz z zobowiązaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności związanych z miejscem zamieszkania J. Q. oraz z zapytaniem czy firma „ASURINT” jest organem sądowym lub administracyjnym odpowiednio w Wielkiej Brytanii lub Stanach Zjednoczonych.

W dniu 18.09.2018 r. drogą elektroniczną Odwołujący przesłał Zamawiającemu pismo, w ramach którego złożył wyjaśnienia oraz poinformował o otrzymaniu rezygnacji z funkcji członka zarządu Pana J. Q. skutecznie złożonej z dniem 18.09.2018 r. W ramach wyjaśnień Odwołujący wskazał, że wcześniej nie weryfikował miejsca zamieszkania Pana J. Q., a kolejne informacje były przekazywane Odwołującemu przez tego członka zarządu. Ponadto Odwołujący oświadczył, że wedle jego wiedzy firma „ASURINT” nie jest organem sądowym, ani administracyjnym w Stanach Zjednoczonych. Ponadto Odwołujący oświadczył, że na dzień złożenia wyjaśnień kwestia ta, nie ma już znaczenia z uwagi na skuteczne z chwilą jego złożenia Spółce oświadczenie Pana J. Q. o złożeniu rezygnacji z funkcji członka zarządu w dniu 18.09.2018 r.

W dniu 20.09.2018 r. Zamawiający działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wykluczył Odwołującego z postępowania, a na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, jego ofertę uznał za odrzuconą. Zamawiający poinformował Odwołującego o zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4 ustawy Pzp. W treści pisma Zamawiający wskazał jakie były przyczyny zastosowania ww. przepisów Pzp, podkreślając niewykazanie przez niego braku podstaw do wykluczenia, w tym złożenie dokumentów dot. zagranicznych członków zarządu w niewłaściwej formie (brak doręczenia Zamawiającemu oryginałów lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przesłanych uprzednio drogą elektroniczną dokumentów). Zamawiający podkreślił, że J. Q., wobec którego nie zostały wykazane ww. przesłanki, pozostawał w okresie od dnia złożenia oferty przez Odwołującego do dnia upływu terminu na złożenie dokumentów, tj. 12.09.2018 r. urzędującym członkiem zarządu Odwołującego, czego Odwołujący na żadnym etapie postępowania nie kwestionował. Zamawiający wskazał również, że przedłożony przez Odwołującego dokument z firmy ASURINT stanowiący raport o osobie J. Q. nie może być uznany za informację z odpowiedniego rejestru lub inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny Stanów Zjednoczonych.

W dniu 01.10.2018 r. (data nadania kurierem wskazuje dzień 28.09.2018 r.), tj. po dniu złożenia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Zamawiającego wpłynęły oryginały dokumentów przesłane drogą elektroniczną przez Odwołującego w dniu 7.09.2018 r., tj. zaświadczenia o niekaralności członków zarządu w osobach A. C. i J. N. pochodzące z właściwych rejestrów państw ich zamieszkania wraz z tłumaczeniem na język polski oraz tłumaczenie dokumentu pochodzącego z firmy „ASURINT” dotyczący członka zarządu Odwołującego J. Q. (brak oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem dokumentu wystawionego w języku angielskim).

### **Mając powyższe na uwadze Izba zważyła, co następuje.**

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów Pzp powołanych w odwołaniu. Odnosząc się zaś szczegółowo do poszczególnych zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, co następuje.

Odnosnie zarzutów „podstawowych” odwołania dot. niewłaściwego wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp i wskazanych w odwołaniu związanych z tym naruszeń, Izba uznała je za bezzasadne. Izba, w tym zakresie, w pełni podziela argumentację Zamawiającego

wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy.

Odwołujący przedmiotowe zarzuty w głównej mierze oparł na własnej interpretacji czynności Zamawiającego, w ocenie Izby odmierzonej od faktycznie podjętych. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, jakoby pismo z dn. 10.08.2018 r. wystosowane do Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp stanowiło de facto wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp lub co najwyżej uzupełnienie wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, a dopiero pismo z dn. 17.09.2018 r. wystosowane na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp w, którym Zamawiający wnosi o udzielenie wyjaśnień w terminie do 18.09.2018 r. powinno być traktowane w rzeczywistości jako wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Oceniając stan faktyczny zaistniały w niniejszym postępowaniu, Izba stwierdza, że Odwołujący jako podmiot profesjonalny działający na rynku części samochodowych (w tym również serwisu) – co sam podkreśla w odwołaniu, podjął decyzję o złożeniu oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. I chociaż, jak sam stwierdził podczas rozprawy, nie często ubiega się o zamówienia w tym reżimie, to jest uczestnikiem tego rynku np. poprzez dotychczasową realizację zamówienia na rzecz Zamawiającego, pozyskanego również w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Mając powyższe na uwadze, Izba zauważa, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, jak każdy podmiot działający profesjonalnie zobowiązany jest do dokładania należytej staranności w podejmowanych działaniach. Od Odwołującego jako profesjonalisty wymagany jest nawet podwyższony stopień staranności, na co wskazuje przepis art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego, który precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania.

Zamawiający wystosowując wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp nie powtarzał w wezwaniu wszystkich wariantów dot. składanych dokumentów które zostały jednoznacznie określone w SIWZ oraz przepisach przywołanego wcześniej rozporządzenia w sprawie dokumentów (...) jako przepisach prawa powszechnie obowiązującego, wobec których istnieje domniemanie ich znajomości, w szczególności przez podmioty prowadzące profesjonalną działalność gospodarczą. Dlatego też, w ocenie Izby za chybiony należy uznać argument, że Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia zaświadczeń z polskiego KRK w stosunku do wszystkich członków zarządu Odwołującego, a dopiero w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Odwołujący powziął wiadomość o rzeczywistym zakresie żądanych dokumentów. W ocenie Izby, Odwołujący przy dołożeniu należytej staranności, biorąc pod uwagę treść Ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ oraz rozporządzenia w sprawie dokumentów (...) miał możliwość faktycznego zidentyfikowania treści wezwania do złożenia dokumentów nie opierając się tylko na jego literalnym brzmieniu, które nie było do końca adekwatne do jego sytuacji (nie uwzględniało sytuacji gdy w skład organu zarządzającego wchodzi osoby mające miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej). Na fakt, iż Odwołujący miał świadomość co do zakresu jego obowiązków, wskazuje również wniosek Odwołującego z dn. 1.08.2018 r. o przedłużenie terminu na złożenie zaświadczeń o niekaralności członków zarządu. W którym argumentuje on, że ze względu na fakt iż w skład tego organu wchodzi również obcokrajowcy wydłuża się czas na uzyskanie wymaganych dokumentów. Jak wynika z przedłożonych dokumentów tj. zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego, czas niezbędny na uzyskanie zaświadczenia dla osoby zamieszkującej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jak i osoby zamieszkującej poza jej terytorium jest tożsamy (w każdym przypadku Odwołujący złożył wniosek w dn. 8.8.2018 r. i w tym samym dniu uzyskał poświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego). Natomiast w wezwaniu z dn. 10.08.2018 r. Zamawiający wprost przywołał jako podstawę wezwania art. 26 ust. 3 Pzp i wskazał, że wzywa Odwołującego do uzupełnienia określonych dokumentów. Wezwanie to, w tym jego podstawa, nie było w żaden sposób kwestionowane przez Odwołującego na etapie przedkładania dokumentów. Dlatego też, nie można nadać temu wezwaniu innej treści niż ono faktycznie miało. Odwołujący nie miał podstaw do tego aby traktować to wezwanie jako uzupełnienie wezwania z art. 26 ust. 1 Pzp czy też w ogóle kolejne wezwanie na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp. Takiego stanowiska nie przedstawiał on również na etapie składania tych dokumentów. Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego co do treści wezwania z dn. 17.9.2018 r., które Odwołujący traktuje jako wezwanie do uzupełnienia dokumentów, a termin w nim wskazany jako ostateczny termin na ich złożenie. Z treści tego pisma wynika, że Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust.

4 Pzp, domaga się od wykonawcy tylko i wyłącznie wyjaśnień w zakresie powstałych w związku ze złożonymi dokumentami dot. osoby p. J. Q. wątpliwościami. Brak w nim jakichkolwiek treści wskazujących na żądanie uzupełnienia dokumentów wobec których wątpliwości są zgłaszane. Jednocześnie Zamawiający wyznacza bardzo krótki termin (jednodniowy) na złożenie tych wyjaśnień. Powyższe, w ocenie Izby świadczy o błędnym przypisaniu przez

Odwołującego znaczenia temu wezwaniu i traktowaniu go jako wezwania do uzupełnienia, gdy jest ono wezwaniem do wyjaśnień.

W związku z powyższym stwierdzić należy, iż Zamawiający nie naruszył przepisów art. 26 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż prawidłowo wykonał obowiązki nałożone na niego ww. przepisami.

Odwołujący był zobowiązany do złożenia aktualnych dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia najpóźniej na dzień wyznaczony przez Zamawiającego jako dzień złożenia dokumentów uzupełnianych. Izba podziela w zakresie interpretacji „aktualności” dokumentów argumentację przywołaną przez Odwołującego i Zamawiającego, gdyż jest ona zgodna ze stanowiskiem doktryny oraz orzecznictwem. Strony, różnią się jedynie w kwestii zastosowania tych wykładni, do sytuacji zaistniałej w niniejszej sprawie. Jak

już wskazano powyżej, Odwołujący nadaje czynnościom Zamawiającego błędne znaczenie, co rodzi również błędne wnioski. Bezsporne jest, że brak podstaw do wykluczenia wykonawcy musi istnieć na dzień składania ofert. Natomiast dokumenty składane na potwierdzenie tych okoliczności mają być aktualne na dzień ich złożenia, co oznacza, iż mają odnosić się do aktualnego stanu faktycznego. Zgodnie zatem z konstrukcją przyjętą przez ustawodawcę wystarczające jest złożenie przez wykonawcę dokumentu aktualnego na dzień jego składania, albowiem ma on potwierdzać brak podstaw do wykluczenia który ma zostać spełniony nie tylko na dzień składania ofert - ale przez cały czas od momentu złożenia oferty aż do momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że dopuszczalne jest wykazywanie braku podstaw do wykluczenia za pomocą zaświadczeń opatrzonych późniejszą datą niż data składania ofert. W świetle obowiązujących przepisów nie ma przeciwwskazań, aby dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp były wystawione po upływie terminu składania ofert, np. w dniu realizacji przedmiotowego wezwania, o ile tylko dokumentują brak podstaw wykluczenia wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczeń złożonych z ofertą i pozostają aktualne w momencie ich składania.

Z ustaleń poczynionych powyżej, wynika, że datą w której ostatecznie Odwołujący powinien złożyć dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia go z postępowania, był dzień wyznaczony przez Zamawiającego na uzupełnienie dokumentów, tj. 12.09.2018 r. Data ta jest datą, na którą Zamawiający na podstawie posiadanych dokumentów oceniał czy wobec Odwołującego zachodzi i zachodził w momencie składania ofert brak podstaw do wykluczenia. Odwołujący na tę datę nie przedstawił Zamawiającemu właściwych dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, w szczególności poprzez nie przedstawienie właściwego zaświadczenia o niekaralności dla p. J. Q. .

Przekazane Zamawiającemu zaświadczenie nie zostało wydane przez organ sądowy lub administracyjny kraju w którym osoba ta ma miejsce zamieszkania, czego nie kwestionuje również Odwołujący, wskazując w składanych w dn. 18.09.2018 r. wyjaśnieniach, że wedle jego wiedzy ASURINT (tj. firma wystawiająca dokument) nie jest organem sądowym lub administracyjnym Stanów Zjednoczonych. W ocenie Izby, bez znaczenia dla oceny braku podstaw do wykluczenia jest fakt, iż w terminie późniejszym niż wymagany termin na złożenie uzupełnianych dokumentów p. J. Q. złożył rezygnację z pełnienia funkcji członka zarządu Odwołującego. Wykonawca nie może podlegać wykluczeniu przez cały okres prowadzenia postępowania. Na moment składania ofert oraz na moment złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, a także na moment złożenia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp p. J. Q. był członkiem zarządu Odwołującego, dlatego też konieczne było przedstawienie dla tej osoby właściwego zaświadczenia o niekaralności i wykazanie w tym kontekście braku podstaw do wykluczenia. Nie przedłożenie tego dokumentu z właściwego organu oraz nie dochowanie wymaganej formy stanowi podstawę do wykluczenia Odwołującego z postępowania tak jak uczynił to Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a w konsekwencji uznanie jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Dodatkowo należy wskazać, iż Zamawiający słusznie podniósł w uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy, że przedłożone przez Odwołującego dokumenty dot. niekaralności jego członków organu zarządzającego zamieszkałych poza terytorium Rzeczypospolitej

Polskiej nie zostały złożone we właściwej formie wymaganej § 14 rozporządzenia w sprawie dokumentów (...) - zgodnie z pouczeniem Zamawiającego zawartym w wystosowanym wezwaniu. Zgodnie z § 14 ust. 2 ww. rozporządzenia dokumenty o których mowa w rozporządzeniu (w tym zaświadczenia o niekaralności) należy składać w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność oryginałem. Odwołujący przekazał dokumenty dot. p. A. C., J. N. oraz J. Q. w terminie na uzupełnienie dokumentów w drogą elektroniczną w formie skanów. Zamawiający, co prawda dopuszczał takie rozwiązanie, lecz jednocześnie wymagał aby wykonawca, oryginały dokumentów lub ich kopie poświadczone za zgodność z oryginałem, niezwłocznie przesłał lub doręczył na adres Zamawiającego. Do momentu wykluczenia tj. do dn. 20.09.2018 r. dokumenty w takiej formie do Zamawiającego nie dotarły. Odwołujący przekazał je Zamawiającemu (bez

oryginału dokumentu dot. J. Q. wystawionego w języku angielskim lub jego kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem) dopiero w dniu 1.10.2018 r. tj. już po złożeniu odwołania przez Odwołującego. Przekazanie dokumentów po 19 dniach od wyznaczonego terminu trudno uznać za niezwłoczne, tym bardziej, iż Odwołujący nie wskazał okoliczności uniemożliwiających mu wcześniejsze przesłanie dokumentów - za taką trudno bowiem uznać, przygotowywanie się Odwołującego do złożenia odwołania.

Zamawiający swoimi czynnościami nie naruszył również podnoszonego przez Odwołującego art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 14 Pzp, gdyż przywołane podstawy prawne wykluczenia są od siebie niezależne. Zamawiający nie twierdził, że wyklucza wykonawcę, gdyż urzędującego członka jego organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo, co materializuje przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt. 14 Pzp, lecz dokonał wykluczenia w związku z niewykazaniem przez Odwołującego, iż taka sytuacja nie miała miejsca (podstawa prawna art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp.)

W ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 46 ust. 4a Pzp, również w tym zakresie Izba podziela stanowisko Zamawiającego, wyrażone w szczególności poprzez przywołanie treści uchwały a dn. 22.06.2017 r. Izby Cywilnej Sądu Najwyższego, sygn. akt III CZP 27/17. Izba stwierdziła, iż wobec powyższych ustaleń zaszyły przesłanki zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 4a Pzp, zgodnie z którym Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w oświadczenia, o którym mowa w pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. W ocenie Izby nie możliwe jest uznanie, że Odwołujący jako podmiot nie ponosi odpowiedzialności za działania członka jej organu zarządzającego. Osoba taka zobowiązana jest to prowadzenia spraw spółki i jest zobowiązana do starannego działania na jej rzecz, a jej działania mają bezpośredni wpływa na działalność spółki.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że żaden z zarzutów „podstawowych” nie potwierdził się.

Bezpodstawne są również zarzuty ewentualne dot. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 85 ust. 1 w zw. z art. 85 ust. 4 Pzp. Odwołujący argumentował, że nie złożył wiążącego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, gdyż złożone oświadczenie nie zachowywało wymaganej formy, z którą uznawał w zw. z brzmieniem art. 77 § 1 KC formę pisemną tożsamą z formą złożonej oferty. W związku z tym, złożone oświadczenie nie powinno wywoływać żadnych skutków prawnych i należy je traktować jako nieważne. Tym samym Odwołujący powinien zostać wykluczony z postępowania w związku z nieprzedłużeniem terminu związania ofertą, a Zamawiający powinien zwrócić Spółce wadium albowiem powodem wykluczenia powinno być nieprzedłużenie terminu związania ofertą.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zważyła, iż Zamawiający w pkt XIII.2 SIWZ określił sposób porozumiewania się w niniejszym postępowaniu, i wskazał, że „wszelkie oświadczenia, pytania, wnioski, zawiadomienia oraz inne informacje Zamawiający oraz Wykonawcy będą przekazywać sobie pisemnie lub drogą elektroniczną (adres e-mail: zamówienia.publiczne@kowr.gov.pl). W przypadku przekazania przez Zamawiającego dokumentu zawierającego oświadczenie, pytanie, wniosek, zawiadomienie czy inną informację faksem lub drogą elektroniczną, Zamawiający wymaga od Wykonawcy niezwłocznego potwierdzenia otrzymania przedmiotowych dokumentów również za pośrednictwem faksu lub drogą elektroniczną. Zamawiający na żądanie Wykonawcy będzie dokonywał analogicznych potwierdzeń.”. Ponadto Zamawiający w dn. 29.08.2018 r. wnioskował do Odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą do dn. 6.11.2018 r. (pismo przesłane drogą elektroniczną). Wykonawca w dn. 5.09.2018 r. przesłał Zamawiającemu drogą elektroniczną skan pisma podpisanego przez dwóch członków zarządu (zgodnie z zasadami reprezentacji) Odwołującego, w którym złożyli oni oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dn. 6.11.2018 r. Izba w tym zakresie podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dn. 18.2.2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 217/15 iż możliwość wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą należy analizować w świetle norm Kodeksu cywilnego w związku z odesłaniem zawartym w art. 14 Pzp. Znajduje tu zastosowanie art. 60 Kodeksu cywilnego, który pozwala wyrazić wolę osoby dokonującej czynności prawnej w każdy sposób uzewnętrzniający ją w sposób dostateczny, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie. Wyjątki te odnoszą się do formy czynności prawnej. W kontekście czynności przedłużenia terminu związania ofertą ustawodawca nie zastrzegł szczególnej formy pod rygorem nieważności. Tym samym, czynność ta może być dokonana w każdej formie. Jednakże wola wykonawcy przedłużenia terminu związania ofertą musi być wyrażona w sposób dostateczny i jednoznaczny zamawiającemu. Zamawiający musi mieć bowiem pewność, iż wykonawca chce nadal być związany ofertą oraz na jaki okres owe związanie ofertą następuje. W ocenie Izby, wobec powyższego oraz wobec jednoznacznie wyrażonej woli Odwołującego przedłużenia terminu związania ofertą, podnoszony zarzut nie potwierdził się, złożone oświadczenie woli jest wiążące dla Odwołującego, a co za tym idzie brak jest podstaw do zwrotu wadium.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 ze zm.). Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego przed Izbą na kwotę 3 600 złotych, złożonego na podstawie art. 22<sup>4</sup> ustawy o radcach prawnych w zw. z

§ 3 ust. 2 litera b) rozporządzenia sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu (...) oraz art. 46 ust. 2 ustawy przepisy wprowadzające do ustawy o Krajowym Ośrodku Wsparcia Rolnictwa. Zamawiający argumentował, że zgodnie z tymi przepisami nie może przedłożyć rachunku, gdyż zgodnie z wyżej przywołaną ustawą o radcach prawnych rachunek może być wystawiony przez radcę prawnego zatrudnionego przez zleceniodawcę dopiero w momencie ściągnięcia kosztów od strony przeciwnej. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba wobec brzmienia § 3 pkt. 2 ww. rozporządzenia w sprawie wysokości pobierania wpisu (...), zgodnie z którym *Izba zalicza do kosztów postępowania odwoławczego uzasadnione koszty stron*

*postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, oraz brakiem złożenia takich rachunków przez Zamawiającego, stwierdziła brak podstaw do uwzględnienia wniosku w sprawie zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego. Za rachunek nie może być uznana złożona do akt sprawy umowa nr 4/2017 regulująca zasady wypłacania dodatkowego wynagrodzenia z tytułu zastępstwa procesowego w sytuacji ściągnięcia tych kosztów od strony przeciwnej.*

**Przewodniczący:** .....