Sygn. akt: KIO 2819/20

WYROK
z dnia 26 listopada 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Irmina Pawlik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2020 r. przez wykonawcę D. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. P. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „STAR-SAN-DUO" w Starachowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – 1 Regionalną Bazę Logistyczną z siedzibą w Wałczu

orzeka:

1.oddala odwołanie;
2.kosztami postępowania obciąża odwołującego D. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. P. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „STAR-SAN-DUO" w Starachowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego 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 2019 r., poz. 1843 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 Koszalinie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 2819/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Skarb Państwa – 1 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Wałczu(dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na naprawę główną Zespołu Urządzeń do Rozpoznania Skażeń na Samochodzie Opancerzonym BRDM-2rs (nr ref. 85/2020) Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 września 2020 r. pod numerem 185-447809. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 30 października 2020 r. wykonawca D. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. P.Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „STAR-SAN-DUO" w Starachowicach (dalej jako „Odwołujący" wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność wykluczenia go z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 131e ust. 1 pkt 1 i ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 25a ust. 1 pkt 1, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię, w następstwie czego Zamawiający przyjął, że Odwołujący nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania w zakresie wskazanym w Sekcji III.2.1. ust. II pkt 5 Ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wyjaśnił, iż podstawą jego wykluczenia z postępowania był fakt, że przedstawił informację z Krajowego Rejestru Karnego (KRK) z datą późniejszą od terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wskazał, iż kwestionuje decyzję Zamawiającego oraz poglądy wyrażone w wyroku KIO 109/18. Odwołujący powołał się na ugruntowaną od 2016 roku linię orzeczniczą KIO, stosownie do której, dokumenty i oświadczenia składane w toku postępowania powinny być aktualne wg daty ich składania. Zauważył, że orzeczenia te odnoszą się do postępowań o udzielenie zamówień publicznych prowadzonych na zasadach ogólnych *niemniej wszystkie opierają się na tym samym założeniu - że nowelizacja ustawy PZP z 2016 r. jest wyrazem woli prawodawcy unijnego i krajowego przeprowadzenia oceny aktualności dokumentów i oświadczeń według daty ich składania (Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2019 r.).*Powyższe intencje prawodawcy unijnego i krajowego mają zdaniem Odwołującego kapitalne znacznie w niniejszej sprawie. Przyjęcie bowiem, że w obrębie ustawy Pzp nie zostały one w pełni implementowane wymaga wskazania uzasadnienia *(ratio legis)*_przyjętego odstępstwa. *Zdaniem odwołującego, uzasadnienia takiego brak. Uzasadnienie takie nie zostało również wskazane w wyroku KIO 109/18. Krajowa Izba Odwoławcza ograniczyła się w tej mierze jedynie do wskazania, że odmienne traktowanie zamówień obronnych znajduje uzasadnienie w literalnym brzmienia art. 131e ust. 2 ustawy PZP oraz w zmianach, jakie nastąpiły w ramach nowelizacji ustawy Pzp przeprowadzonej w roku 2016. Odwołujący podkreślił, że* odmienne traktowanie zamówień obronnych - stosownie do uzasadnienia wyroku KIO 109/18 - nie zostało powiązane z argumentami, które wprost lub pośrednio byłyby powiązane ze *specyfiką zamówień obronnych.* Zdaniem Odwołującego, problem daty, według której należy oceniać aktualność oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawców w postępowaniach obronnych *nie ma żadnego związku ze specyfiką tych postępowań. Potwierdził to Prezes Urzędu Regulacji Energetyki w jednym z pism urzędowych*, którego treść Odwołujący przywołał. Odwołujący wskazał, iż data aktualności oświadczeń i dokumentów nie należy do tych okoliczności, które uzasadniałyby odmienne traktowanie zamówień zwykłych i zamówień obronnych. Zasadne jest zatem przyjęcie, że - w zakresie daty aktualności składanych przez wykonawców oświadczeń i dokumentów - intencją prawodawcy krajowego było objęcie nowelizacją z roku 2016 również zamówień obronnych.

Następnie Odwołujący podniósł, iż p*rawidłowa wykładnia art. 131e ust. 2 ustawy Pzp wymaga odróżnienia* „warunków udziału w postępowaniu", „daty spełnienia warunków", „dowodów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu" *oraz* „aktualności oświadczeń i dokumentów". *W tym zakresie Odwołujący wskazał na wyrok z dnia 19 października 2017 r., KIO 2056/17. Odwołujący wskazał, iż takowe rozróżnienie znajduje uzasadnienie w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp i art. 25a ust. 1 ustawy Pzp. Jego zdaniem przepisy ustawy Pzp oraz orzecznictwo Izby*

pozwala wyróżnić następujące pojęcia: 1) warunek rozumiany jako wymaganie, które musi spełnić wykonawca, aby wziąć udział w postępowaniu; 2) *zakres warunków* to zbiór warunków, które w dokumentacji przetargowej określa Zamawiający mając na uwadze przedmiot zamówienia; 3) *data spełnienia warunków* to data wg której oceniane jest, czy dany wykonawca może czy też nie może zostać dopuszczony do udziału w postępowaniu; 4) *dowody* to oświadczenia i dokumenty, które mają potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu; 5) aktualność oświadczeń i dokumentów *w znaczeniu, że dowody te* „winny oddawać stan faktyczny istniejący w momencie ich złożenia*" (KIO 685/19).* Reasumując, zdaniem Odwołującego, istnieje potrzeba rozróżnienia: *warunków* udziału w postępowaniu od *dowodów* na potwierdzenie spełnienia tych warunków oraz *daty spełnienia warunków* udziału w postępowaniu od *daty wystawienia oświadczeń i dokumentów* wg której oceniana jest aktualność tych oświadczeń i dokumentów.

Zasadnicze zdaniem Odwołującego dla rozstrzygnięcia sprawy jest pytanie, które z powyższych kwestii zostały uregulowane art. 131e ust. 2 ustawy Pzp. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku KIO 109/18 - w przepisie tym została określona data, w której powinny być wystawione oświadczenia i dokumenty (czyli dowody na potwierdzenie spełnienia braku podstaw do wykluczenia). Analogiczne podejście Zamawiającego spowodowało, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania. Tymczasem w ocenie Odwołującego hipotezą ww. przepisu nie jest objęta data wystawienia oświadczeń i dokumentów. Kluczowy w przytoczonym przepisie jest zwrot „w zakresie", który odnoszony jest do „spełnienia warunków" udziału w postępowaniu oraz „braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków". W przepisie tym nie ma natomiast mowy o sposobie, w jaki wykonawca warunki te powinien udowodnić. Co istotne, przedmiotowy przepis – w przeciwieństwie np. do art. 25a ust. 1 i art. 26 ust. 1 - w ogóle nie traktuje o „oświadczeniach i dokumentach" a tym bardziej o aktualności tych dowodów. Zdaniem Odwołującego *literalna wykładnia w/w przepisu wskazuję zatem na to. że przepis ten reguluję wyłącznie dwie kwestie: 1) zakres warunków, jakie ma spełniać wykonawca oraz zakres braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu niespełnienia warunków (zakres ten ma określić Zamawiający); 2) daty, w którym ustalone warunki powinny być spełnione. Przepis ten nie reguluję natomiast kwestii: 1) sposobu wykazania spełnienia warunków, tj. oświadczeń i dokumentów (dowodów), na potwierdzenie spełnienia zakresu warunków udziału w postępowaniu: 2) aktualności ww. dowodów, tj. z jaka data dowody te powinny być wystawione.* Tak więc, wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na datę wystawienia informacji z KRK (dowodu), z powołaniem się na art. 131 ust. 2 ustawy Pzp, nie ma umocowania w tym przepisie.

Odnosząc się do kwestii czy Odwołujący wykazał brak podstaw do wykluczenia go z postępowania, Odwołujący wskazał na *wyrok z dnia 30 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 685/19. Podniósł, żepotwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu „oświadczeniem własnym" nie musi mieć miejsca tylko w ramach dokumentów JEDZ Powołując się na art. 25a ust. 1 ustawy Pzp* Odwołujący podniósł, iż brak podstaw do wykluczenia z postępowania „oświadczeniem własnym" wykonawcy mogą potwierdzić na dwa sposoby: 1) w dokumencie JEDZ, o którym mowa w art. 25a ust. 2 ustawy Pzp, albo 2) w innym oświadczeniu własnym. Odwołujący wskazał, iż do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący załączył „oświadczenie własne", o następującej treści: „(...)Oświadczam, *ż e* spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na *usługę naprawa główna Zespołu Urządzeń do Rozpoznania Skażeń na Samochodzie Opancerzonym BRDM-2rs, nr sprawy 85/2020* Dokument kończy następujące „oświadczenie własne" Odwołującego: „Oświadczam, że wszystkie informacje podane w powyższych oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawda oraz zostały przedstawione z pełna świadomością konsekwencji wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji." Przyjmując zatem, że w postępowaniach zwykłych wykonawcy mogą uzupełniać brakujące dokumenty wystawione z datą ich składania z tego względu, że na etapie składania wniosku o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu „oświadczeniem własnym", to warunek ten jest spełniony również w przypadku zamówień obronnych, w których również składane jest takie oświadczenie. Nie ma zatem żadnych argumentów, które uzasadniałyby wykluczenie Odwołujący z postępowania, skoro ten oświadczeniem własnym złożonym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zapewnił, że spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu oraz, że brak jest podstaw do wykluczenia go z postępowania, w ramach uzupełnienia brakujących dokumentów przedstawił informację z KRK aktualną na dzień jej składania. Powyższe, zdaniem Odwołującego, pozwala przyjąć, że Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania z przyczyn wyżej wskazanych, naruszył powołane na wstępie przepisy poprzez błędną ich wykładnie przyjmując, że informacja z KRK przedstawiona w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia braków w postępowaniu obronnym nie mogła zostać wystawiona w dacie przypadającej po terminie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (tj. nie mogła być aktualna na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu).

Zamawiający w dniu 20 listopada 2020 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający wskazał, iż postępowanie prowadzone jest w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w trybie przetargu ograniczonego. Zasady na jakich przeprowadza się postępowania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa uregulowane są w przepisach Działu III, w Rozdziale 4austawy Pzp, są to przepisy szczególne, charakteryzujące się odmiennością od przepisów zawartych w innych działach tej ustawy. Mają one pierwszeństwo w sytuacjach gdy kształtują obowiązki zamawiającego i wykonawcy inaczej niż to uregulowano w przepisach pozostałych działów. Nie inaczej jest w przypadku określenia daty, w jakiej złożone dokumenty maja potwierdzać określone okoliczności, czyli w odniesieniu do niniejszej sprawy, datę z jaką wykonawca musi wykazać dokumentem KRK, że nie istnieją podstawy do jego wykluczenia z postępowania. Zamawiający wskazał, iż w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, odmiennie niż w przypadku zamówień niepodlegających przepisom Działu III, data w jakiej wykonawca winien wykazać, że nie istnieją podstawy do jego wykluczenia jest określona w przepisach art. 131e ust.2 ustawy Pzp. Skoro zaś pierwotnie dokumenty mają być aktualne na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, to zasada ta musi być zachowana do dokumentów składanych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czyli dokumentów składanych na wezwanie zamawiającego do ich uzupełnienia. Dokument uzupełniony - w niniejszej sprawie informacja z KRK - winien być również aktualny na dzień składania wniosku i na ten dzień potwierdzać brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. W przypadku informacji z KRK jest to szczególnie ważne jeśli się zważy, że z zaświadczenia wydanego w danym dniu nie wynika, że osoba nie figurowała w rejestrze na określony dzień przypadający przed wystawieniem informacji. Uniemożliwia to ocenę czy wykonawca spełnił warunki określone w przepisach art. 131e ust.2 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił ponadto, że ww. przepisy regulujące datę z jaką mają być aktualne dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia wykonawcy są jasne i nie wymagają interpretacji (*clara non sunt interpretanda*). Mając powyższe na uwadze w ocenie Zamawiającego należy odrzucić wszelkie rozważania Odwołującego zmierzające do podważenia racjonalności przepisów szczególnych,

regulujących odmiennie niż w postępowaniach zwykłych, okres w jakim wykonawca ma wykazać m. in. brak podstaw do wykluczenia. Pominąć należy także jako chybione, twierdzenia Wykonawcy odwołujące się do analogii z postępowaniami, w których stosuje się JEDZ, choćby przez wzgląd na to, że zgodnie z jednoznacznymi przepisami art. 131e ust. 2a pkt 1 ustawy Pzp w postępowaniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przepisów ustawy dotyczących jednolitego dokumentu nie stosuje się.

Następnie Zamawiający wskazał, iż bezsporne jest, że 1) Odwołujący został zobowiązany do przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia świadczącej, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania (Sekcja III. 2.1/ ust.2 pkt 5 str. 11 ogłoszenia o zamówieniu); 2) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa trybie przetargu ograniczonego zawiera m. in. pod lit. C - Informacje dodatkowe, z. których wynika, że Zamawiający „nie dopuszcza składania przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postaci dokumentów elektronicznych (ust. I pkt 5 - str. 14 Informacji dodatkowych). Niezależnie od tego Zamawiający wskazał, iż zastrzegł w Ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja VI.3) ust. II pkt 7 lit d - str. 16), że dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w pkt 2-4 oraz 6-10 tabelarycznego wykazu (zał. nr 4 do „Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - str. 10) składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Dotyczy to m. in. informacji z KRK (wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), która zamieszczona została w tabelarycznym wykazie pod poz. 9. Ponadto Zamawiający wymagał, aby wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami był w postaci pisemnej, papierowej, opatrzony własnoręcznym podpisem (Sekcja VI.3 ust. II pkt 1 - str. 15 ogłoszenia o zamówieniu); 3) Wykonawca, wbrew wymogom przywołanym wyżej przedłożył do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu informację z KRK, która była wizualizacją dokumentu elektronicznego czyli stanowiła wyłączn.ie prezentację treści dokumentu elektronicznego. Dokument ten nie spełniał wymagań Zamawiającego co spowodowało, że był on zobowiązany, zgodnie z przepisami art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do wezwania Wykonawcy do jego uzupełnienia. Zamawiający w dniu 15 października 2020 r. pismem nr 28719/2020 wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentu KRK wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w formie pisemnej i potwierdzonego za zgodność z oryginałem przez wykonawcę; 4) Wykonawca, odpowiadając na wezwanie uzupełnił dokument, który miał potwierdzać brak podstaw wykluczenia, przedkładając pisemną informację z KRK w postaci papierowej, z tym jednak, że potwierdza ona brak podstaw wykluczenia na dzień 16 października 2020 r. tj. po upływie terminu składania wniosków, który przypadał na dzień 6 października 2020 r.

Mając na względzie zasadę wynikającą z przepisów art. 131e ust. 2 ustawy Pzp, wedle której wykonawca wykazuje brak podstaw do wykluczenia z postępowania z powodu niespełnienia warunków, nie później niż na dzień składania •wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jak również opisany wyżej fakt dostarczenia informacji z KRK aktualnej na dzień 16 października 2020 r., a nie na dzień 6 października 2020 r. (dzień składania wniosków) w ocenie Zamawiającego uznać trzeba, że Odwołujący nie potwierdził stosownym dokumentem braku podstaw do wykluczenia. To zaś uzasadniało decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba uznała, iż Odwołujący, który został wykluczony z postępowania, wykazał interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem tego postępowania oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenia o zamówieniu, wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz załączonych do niego dokumentów, wezwania skierowanego do Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokumentów złożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na to wezwanie oraz informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 23 listopada 2020 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest usługa – naprawa główna Zespołu Urządzeń do Rozpoznania Skażeń na Samochodzie Opancerzonym BRDM-2rs zgodnie z Wymaganiami Eksploatacyjno – Technicznymi. Zgodnie z Sekcją III.2.1 pkt II.5 ogłoszenia o zamówieniu w celu wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania, Zamawiający żądał od wykonawców złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 131e ust. 1 pkt 1 oraz art. 131e ust. 1b pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z Sekcją VI.3 pkt II.1 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał, aby wykonawcy złożyli pisemny wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami w postaci papierowej opatrzony własnoręcznym podpisem. Ponadto w załączonym dokumencie, w części C „Informacje dodatkowe" pkt I.5 Zamawiający wskazał, iż nie dopuszcza składania przez wykonawcę dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postaci dokumentów elektronicznych. Termin składania wniosków dopuszczenie do udziału w postępowaniu upływał 6 października 2020 r.

Odwołujący do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączył m.in. oświadczenie dotyczące braku podstaw wykluczenia według załącznika nr 2 do wniosku oraz wydruk wizualizacji dokumentu elektronicznego wygenerowanego przez system e-Platforma Ministerstwa Sprawiedliwości (informacji o osobie z Krajowego rejestru

Karnego dla p. Dominika Pater).

Zamawiający w dniu 15 października 2020 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak podstaw wykluczenia z postępowania. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał m.in., iż w świetle wymogu zawartego w Sekcji IV.3 pkt II.1 ogłoszenia o zamówieniu nie jest możliwym przyjęcie wizualizacji dokumentu elektronicznego jako prawidłowego. Podniósł także, że w Informacjach dodatkowych podał informację, że nie dopuszcza składania dokumentów i oświadczeń w postaci dokumentów elektronicznych. Zamawiający poprosił o uzupełnienie dokumentu wymaganego zgodnie z Sekcją III.2.1 pkt II.5 ogłoszenia o zamówieniu wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, potwierdzającego, że p. Dominik Pater nie figuruje w kartotece karnej KRK w zakresie określonym w art. 131e ust. 1 pkt 1 oraz art. 131e ust. 1b pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp. Dokument winien być wystawiony w formie pisemnej i potwierdzony za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący złożył informację z Krajowego Rejestru Karnego (dot. Odwołującego - p. D. P.) wystawioną w dniu 16 października 2020 r.

Zamawiający, pismem z dnia 22 października 2020 r., zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający opisał wymagania wynikające z ogłoszenia o zamówieniu. Wskazał, iż do wniosku Odwołujący załączył wizualizację dokumentu elektronicznego wygenerowanego przez system e-Platforma Ministerstwa Sprawiedliwości, a nie żądany przez Zamawiającego dokument. Przedłożony dokument możliwy jest do odczytania wyłącznie za pośrednictwem odpowiednich urządzeń elektronicznych i za och pomocą możliwym jest również zweryfikowanie złożonego kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Załączona do wniosku wizualizacja jest wyłącznie prezentacją treści wystawionego dokumentu elektronicznego. Zamawiający wskazał, iż wymagał, aby wykonawcy złożyli pisemny wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami w postaci papierowej opatrzony własnoręcznym podpisem, wobec czego nie jest możliwym przyjęcie wizualizacji dokumentu elektronicznego jako prawidłowego. Ponadto Zamawiający podniósł, iż w Informacjach dodatkowych wskazał, że nie dopuszcza składania przez wykonawcę dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postaci dokumentów elektronicznych. W związku z powyższym wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu wymaganego zgodnie z Sekcją III.2.1 pkt II.5 ogłoszenia o zamówieniu wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, potwierdzającego, że p. D. P. nie figuruje w kartotece karnej KRK w zakresie określonym w art. 131e ust. 1 pkt 1 oraz art. 131e ust. 1b pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp. Zamawiający podniósł, iż Odwołujący na wezwanie przesłał informację z KRK, która jednakże potwierdza brak podstaw wykluczenia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (potwierdza stan na dzień 16 października 2020 r.). Ponieważ wykonawca nie wykazał braku podstaw wykluczenia z postępowania nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. 6 października 2020 r., to zdaniem Zamawiającego m on obowiązek wykonawcę wykluczyć z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba oddaliła odwołanie w całości, uznając podniesione zarzuty za bezzasadne.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 131e ust. 1 pkt 1 i ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 25a ust. 1 pkt 1, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazując, że Zamawiający dokonał błędnej wykładni ww. przepisów, co skutkowało wykluczeniem Odwołującego z postępowania z uwagi na przedstawienie informacji z Krajowego Rejestru Karnego z datą późniejszą od terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przywołując brzmienie powyższych regulacji oraz innych przepisów poddanych analizie w przedmiotowej sprawie należy wskazać, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postepowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Jak stanowi art. 25a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa 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. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a. Z kolei w myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli 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, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie z art. 131e ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się wykonawców, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 i 13, z wyłączeniem wykonawców skazanych za przestępstwo, o którym mowa w art. 181-188 i art. 189a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, i pkt 14, gdy osoba o której mowa w tym przepisie, została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13, z wyjątkiem przestępstw, o których mowa w art. 181-188 i art. 189a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu. Z kolei zgodnie z art. 131e ust. 2 ustawy Pzp

wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w ust. 1.

Przed przejściem do dalszych rozważań zauważyć trzeba, iż bezsporny w przedmiotowym postępowaniu był fakt, że wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykonawcy zobowiązani byli złożyć wymagane w ogłoszeniu o zamówieniu dowody (w tym informację z KRK), mające potwierdzać brak podstaw wykluczenia nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Nie było sporne także to, że Odwołujący wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie złożył informacji z KRK odpowiadającej wymogom wynikającym z ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący nie kwestionował stanowiska Zamawiającego, że wydruk wizualizacji dokumentu elektronicznego wygenerowany z platformy Ministerstwa Sprawiedliwości nie stanowi dokumentu, o którym mowa w ogłoszeniu o zamówieniu, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia. Bezsporna była także okoliczność, iż w odpowiedzi na wezwanie wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego niekaralność, Odwołujący złożył informację z KRK wystawioną później niż dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Istota przedmiotowego sporu sprowadzała się zatem do dokonania oceny, czy na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, który w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złożył informację z Krajowego Rejestru Karnego, potwierdzającą stan aktualny na dzień złożenia dokumentu, tj. dzień późniejszy niż dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykazał brak podstaw wykluczenia z postępowania jak tego wymaga art. 131e ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego odpowiedź na tak zadane pytanie jest negatywna.

Z art. 131e ust. 2 ustawy Pzp literalnie i jednoznacznie wynika, że wykonawca jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w ust. 1. Moment wykazania braku podstaw do wykluczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa został określony zatem inaczej niż w przypadku pozostałych zamówień, co ma znaczenie kluczowe dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Zauważyć należy, że dopuszczalna w zamówieniach klasycznych zasada, iż wykonawca wykazuje brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert/wniosków w oświadczeniu wstępnym zawartym w JEDZ, a dokumenty składane na dalszym etapie przez tego wykonawcę, którego oceniono najwyżej, wykazują stan na dzień ich złożenia, wynika z brzmienia art. 25a ust. 1 oraz art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku zamówień obronnych ustawa Pzp zawiera regulację szczególną – wspomniany art. 131e ust. 2 ustawy Pzp – który nakazuje przeprowadzania weryfikacji podmiotowej wykonawcy na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (lub odpowiednio oferty), wobec czego to stan na ten właśnie moment wykazywać mają dowody składane przez wykonawców, żądane przez zamawiającego w zakresie określonym w ogłoszeniu o zamówieniu. W konsekwencji należy uznać, że również wykonawca, który składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wykazał za pomocą wymaganych w ogłoszeniu o zamówieniu oświadczeń lub dokumentów braku podstaw do wykluczenia, w odpowiedzi na wezwanie do ich uzupełnienia z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ma obowiązek przedstawienia takich oświadczeń lub dokumentów, które wykażą, że w chwili składania wniosku nie zachodziły podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zauważenia wymaga, że rozpoznawane w niniejszej sprawie zagadnienie zostało już poddane ocenie przez Krajową Izbę Odwoławczą nie tylko w kwestionowanym przez Odwołującego wyroku Izby z dnia 31 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 109/18, ale także w szeregu innych postępowań odwoławczych. Wskazać tu można m.in. na wyrok z dnia 27 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 258/18 i KIO 263/18, wyrok z dnia 27 marca 2018 r., sygn. akt KIO 410/18 czy też wyrok z dnia 27 marca 2019 r., sygn. akt KIO 420/19. Ze wszystkich powyższych orzeczeń wynika zbieżny wniosek, który skład orzekający w niniejszej sprawie podziela, tj. że oświadczenia lub dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp muszą potwierdzać stan nie późniejszy niż na dzień składania ofert lub wniosków, co wynika z treści art. 131e ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze, że Odwołujący za punkt wyjścia prezentowanej argumentacji uczynił ugruntowaną po 2016 r. linię orzeczniczą Izby wskazującą, że oświadczenia i dokumenty składane w toku postępowania winny być aktualne na dzień ich złożenia oraz wolę ustawodawcy krajowego i unijnego do przeprowadzania oceny aktualności dokumentów i oświadczeń według daty ich składania, wskazać trzeba, iż rzeczywiście po wejściu w życie ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020), dokumenty składane na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia mogą potwierdzać stan późniejszy niż na dzień składania ofert lub wniosków. Możliwość potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na dzień składania ofert/wniosków za pomocą oświadczenia wstępnego w JEDZ i przedstawienia dopiero na dalszym etapie postępowania dowodów potwierdzających stan istniejący na moment ich złożenia, jak wskazano już powyżej, wyartykułowano wprost w treści przepisów – art. 25a ust. 1 oraz art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast – jak wskazano już powyżej - postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa rządzą się innymi regułami, określonymi w przepisach Działu III Rozdziału 4A ustawy Pzp. Przepisy tego Rozdziału jako przepisy szczególne, mają pierwszeństwo stosowania przed przepisami odnoszącymi się do udzielania zamówień na zasadach ogólnych. Oznacza to, że przepisy ogólne, w tym art. 25a ust. 1 i art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do zamówień obronnych mogą znaleźć zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy przepisy szczególne nie stanowią inaczej. Tymczasem ustawodawca w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa uregulował kwestie wykazywania braku podstaw wykluczenia z postępowania odmiennie niż w art. 25a ust. 1 i art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Ustawodawca wprost wskazał, że po pierwsze przepisów ustawy dotyczących jednolitego dokumentu nie stosuje się (art. 131e ust. 2a ustawy Pzp), a po drugie, że wykonawca zobowiązany jest wykazać brak podstaw do wykluczenia nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (art. 131e ust.2 ustawy Pzp).

Wprowadzenie dla tego rodzaju zamówień pewnych odstępstw proceduralnych w stosunku do zamówień udzielanych na zasadach ogólnych, w tym także w zakresie przeprowadzania weryfikacji podmiotowej wykonawców, uzasadnione jest celem, jakiemu służą zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz ich specyfiką. Już

sam zakres przedmiotowy zamówień, do których stosuje się przepisy Rozdziału 4a, opisany w art. 131a ust. 1 i 1a ustawy Pzp, obejmujący dostawy sprzętu wojskowego i związane z tym newralgiczne roboty budowlane czy usługi, a także zamówienia dotyczące infrastruktury krytycznej, wskazuje, że zamówienia te poddane są nadrzędnemu celowi – zagwarantowaniu obronności i bezpieczeństwa państwa. Powyższe może uzasadniać potrzebę przeprowadzania kwalifikacji podmiotowej wykonawców w sposób bardziej szczegółowy, w odniesieniu do każdego z wykonawców i na podstawie dowodów składanych już wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a nie w oparciu wyłącznie o oświadczenie wstępne wykonawców, z ograniczeniem szczegółowej weryfikacji podmiotowej do wykonawcy ocenionego najwyżej. Jak omówiono szczegółowo w wyrokach Izby w sprawach o sygn. akt KIO 109/18, KIO 258/18 i KIO 263/18 oraz KIO 410/18, w przypadku zamówień obronnych obowiązujący obecnie stan prawny odpowiada zasadom, jakie obowiązywały w odniesieniu do wszystkich zamówień przed nowelizacją z 2016 r. Pod rządami tamtych przepisów w orzecznictwie Izby ugruntowane było stanowisko, że składane dokumenty mogą być wystawione z datą późniejszą, muszą jednak potwierdzać stan istniejący na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W związku z tym, że zmiana procedury w zakresie dokumentowania braku podstaw do wykluczenia nie odnosi się do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w przypadku tych zamówień również po nowelizacji dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia muszą potwierdzać stan na dzień składania ofert lub wniosków.

Odnosząc się do okoliczności, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie określa momentu, na jaki mają być aktualne oświadczenia lub dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie oparte o powyższy przepis, Izba wskazuje, iż datę tę w odniesieniu do zamówień obronnych wywodzić należy z art. 131e ust. 2 ustawy Pzp. Aktualność uzupełnianych na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczeń lub dokumentów musi korelować z wymaganiami wynikającymi z art. 131e ust. 2 ustawy Pzp, który wymaga by oceny podmiotowej wykonawcy dokonać na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i zobowiązuje wykonawców do wykazania braku podstaw wykluczenia waśnie na ten moment. Przy czym podkreślić należy, że to nie data wystawienia dokumentu mającego potwierdzać brak podstaw wykluczenia ma tu zasadnicze znaczenie, lecz okoliczność na jaki moment dokument ten potwierdza istnienie określonego stanu faktycznego. Izba wskazuje, iż ustawodawca wymaga potwierdzenia stanu faktycznego istniejącego w dacie nie późniejszej niż dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert. Fakt wystawienia dokumentu potwierdzającego brak podstaw wykluczenia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu będzie zatem bez znaczenia, jeśli z treści dokumentu wynikać będzie, że nie zachodziły podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania nie później niż na dzień składania wniosków. Jak wskazała Izba m.in. w wyroku z dnia 27 marca 2019 r., sygn. akt KIO 420/19, który to pogląd skład orzekający podziela, „sama data wystawienia dokumentu bądź oświadczenia, jest wtórna, wobec wymagań, które ustawodawca stawia dla określonej treści dowodów. Istotnym jest, aby przedłożone dowody, w sposób prawidłowy, potwierdzały niekaralność w dacie nie późniejszej niż wyznaczony przez zamawiającego dzień składania wniosków w postępowaniu, przy zachowaniu wymogów wskazanych w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów."

W konsekwencji Izba stwierdziła, iż nie jest prawidłowe stanowisko Odwołującego, jakoby został on wykluczony z postępowania „z uwagi na datę wystawienia dokumentu", ponieważ data ta – jak wyżej wskazano - ma znaczenie jedynie wtórne. Odwołujący został z postępowania wykluczony dlatego, że złożony przez niego w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dowód nie potwierdzał stanu istniejącego na moment nie późniejszy niż data składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak tego wymaga art. 131e ust. 2 ustawy Pzp. Przy czym data wystawienia dokumentu miała tutaj o tyle znaczenie, że dowodem, o którym mowa, była informacja z Krajowego Rejestru Karnego. W przypadku tego rodzaju dokumentu data jego wystawienianie mogła być późniejsza niż dzień składania wniosków, z uwagi na fakt, że zaświadczenie to zawsze potwierdza stan na dzień jego wystawienia i nie obejmuje zdarzeń historycznych, takich jak zatarcie skazania. Z zaświadczenia wydanego w danym dniu nie wynika, że osoba nie figurowała w rejestrze na określony dzień przypadający przed wystawieniem tego zaświadczenia (por. m.in. przywołane wcześniej wyroki Izby w sprawach o sygn. akt KIO 109/18, KIO 258/18 i KIO 263/18, KIO 410/18 oraz KIO 420/19). W art. 14 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1158) wśród podstaw usunięcia danych z Rejestru wymieniono m.in. zatarcie skazania z mocy prawy, zarządzenie zatarcia skazania przez sąd tudzież jego zatarcie w drodze ułaskawienia lub na podstawie amnestii. Z uwagi na możliwość zatarcia skazania, powodującego usunięcie danych z Rejestru, informacja z KRK wystawiona po terminie na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (lub odpowiednio ofert) siłą rzeczy nie udowodni stanu, jaki istniał na dzień składania wniosków lub ofert.

Mając powyższe na względzie Izba za prawidłową uznała decyzję Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z uwagi na fakt, iż złożona przez niego w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp informacja z Krajowego Rejestru Karnego wystawiona później niż dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie wykazywała w sposób prawidłowy braku podstaw wykluczenia według stanu istniejącego nie później niż na dzień składania wniosków.

Zdaniem składu orzekającego interpretacja omawianych przepisów zaprezentowana w odwołaniu stoi w sprzeczności z wytycznymi wynikającymi wprost z art. 131e ust. 2 ustawy Pzp i prowadzi do obejścia wynikającego z tej regulacji wymogu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy według stanu istniejącego na dzień nie późniejszy niż dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przy tym Odwołujący nie wyjaśnił także dlaczego implementacja dyrektywy klasycznej i sektorowej, dokonana w ramach nowelizacji ustawy Pzp z 2016 r., w zakresie weryfikacji podmiotowej wykonawców miałaby być niepełna i dlaczego te właśnie regulacje powinny zostać wprowadzone także na gruncie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W ocenie Izby twierdzenia Odwołującego co do zasadności weryfikowania sytuacji podmiotowej na podstawie dowodów obrazujących stan aktualny na dzień ich złożenia także w zamówieniach obronnych stanowić mogą co najwyżej postulaty *de lege ferenda*, nie znajdują one bowiem żadnego oparcia w świetle aktualnie obowiązujących przepisów Działu III Rozdziału 4a ustawy Pzp. Przepisy te jednoznacznie wskazują, że badaniu podlegać ma stan istniejący nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (ofert).

W konsekwencji nie sposób zaakceptować także stanowiska Odwołującego, jakoby do wykazania braku podstaw wykluczenia nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wystarczające miałoby być złożenie samego oświadczenia wstępnego w treści wniosku, a następnie przedstawienie dowodów aktualnych na dzień złożenia. Izba wskazuje, że Odwołujący miał świadomość, że wraz z wnioskiem zobowiązany był złożyć dowody wykazujące brak podstaw wykluczenia według stanu istniejącego na dzień nie późniejszy niż dzień

składania wniosków, a wymóg taki wynikał wprost z treści ogłoszenia. Odwołujący zresztą wymagane dokumenty złożył, z tym, że zamiast informacji z KRK przedstawił jedynie wizualizację dokumentu elektronicznego, która nie spełniała wymagań ogłoszenia o zamówieniu. Sprzeczne z powyższym działaniem jest zatem wywodzenie w treści odwołania, że złożenie oświadczenia własnego w treści wniosku o braku podstaw wykluczenia powinno zostać uznane za wystarczające. W ocenie Izby powyższa argumentacja stanowi wyraz przyjętej taktyki procesowej, niemniej nie broni się ona na gruncie obowiązujących regulacji. Podkreślić należy także, że Zamawiający wzywając Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyraźnie wskazał, iż wymaga złożenia dokumentu wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Negatywne konsekwencje braku złożenia takiego dokumentu obciążają jedynie Odwołującego. W ocenie Izby zaakceptowanie możliwości złożenia na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentu potwierdzającego stan późniejszy niż dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i oparcia się przez Zamawiającego podczas badania braku podstaw do wykluczenia na dzień nie późniejszy niż dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyłącznie na oświadczeniu własnym wykonawcy, prowadziłoby nie tylko do naruszenia art. 131e ust. 2 ustawy Pzp, ale także zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……