

WYROK

z dnia 21 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 października 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 września 2020 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **ECON Trader sp. z o.o., z siedzibą w Wojkowicach oraz EkoPartner Recykling Sp. z o.o., z siedzibą w Lubieniu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminny Zakład Komunalny w Mirczu,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **BEST POLYMERS GROUP S.A., z siedzibą w Warszawie oraz SAAR Sp. z o.o., z siedzibą w Bolechowie,** głaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: ECON Trader sp. z o.o., z siedzibą w Wojkowicach oraz EkoPartner Recykling Sp. z o.o., z siedzibą w Lubieniu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum: **ECON Trader sp. z o.o., z siedzibą w Wojkowicach oraz EkoPartner Recykling Sp. z o.o., z siedzibą w Lubieniu** tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **ECON Trader sp. z o.o., z siedzibą w Wojkowicach oraz EkoPartner Recykling Sp. z o.o., z siedzibą w Lubieniu** na rzecz zamawiającego **Gminnego Zakładu Komunalnego w Mirczu** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2419/20

UZASADNIENIE

W dniu 24 września 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm **ECON Trader sp. z o.o., z siedzibą w Wojkowicach oraz EkoPartner Recykling Sp. z o.o., z siedzibą w Lubinie** (zwane dalej: **Odwolujący**) lub **„Konsorcjum EkoTrade”**) zarzucając zamawiającemu Gminnemu Zakładowi Komunalnemu w Mirczu (dalej **Zamawiający**) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów, o kodzie 191212 z Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Łaskowie”:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum BPG, pomimo, iż wadium w formie poręczenia nie zostało prawidłowo wniesione;
- 2) art. 26 ust. 3 PZP w zw. z § 14 ust. 2 i 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez zaniechanie wezwanie konsorcjum BPG do uzupełnienia dokumentów składanych w postaci elektronicznej;
- 3) art. 26 ust. 2f PZP poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum BPG do przedłożenia aktualnych dokumentów potwierdzających brak przesłanek do wykluczenia z udziału w postępowaniu;
- 4) art. 91 ust. 1 PZP oraz art. 7 ust. 3 PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum BPG podlegającego wykluczeniu.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert; (iii) odrzucenie oferty konsorcjum Best Polymers Group S.A. i Sarr sp. z o.o.; (iv) zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że zgodnie pkt 8.1 SIWZ, Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 15 000 zł. Dowód: SIWZ (w aktach postępowania). Konsorcjum BPG przedłożyło wadium w formie oświadczenia Kujawsko-Pomorskiego Funduszu Poręczeń Kredytowych sp. z o.o. o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium z dnia 14.08.2020 r. Zgodnie z treścią przedmiotowego dokumentu, udzielono poręczenia „za zobowiązanie: BEST POLYMERS GROUP S.A. (...) do zapłaty wadium w związku z przystąpieniem przez: Zobowiązanego do przetargu publicznego organizowanego przez Zamawiającego, tj.: Gminny Zakład Komunalny w Mirczu”. Zgodnie zaś z § 3 ust. 1 przedmiotowego oświadczenia, „Odpowiedzialność Poręczyciela z tytułu udzielonego poręczenia obejmuje spłatę 100% aktualnego i wymagalnego zobowiązania Zobowiązanego wobec Zamawiającego do zapłaty wadium, na wypadek gdyby Zobowiązany nie wykonał tego, zobowiązania w terminie.” Dowód: Oświadczenie Kujawsko-Pomorskiego Funduszu Poręczeń Kredytowych sp. z o.o. z dnia 14.08.2020 r. (w aktach postępowania).

Odwolujący wskazał, że art. 89 ust. 1 pkt 7b stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. W ocenie Odwołującego obejmuje przepis ten obejmuje również sytuację nieprawidłowego wniesienia wadium. Zdaniem Odwołującego przypadkiem nieprawidłowego wniesienia wadium jest w szczególności pominięcie w treści oświadczenia o poręczeniu faktu, iż zobowiązanym są wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, a nie tylko wymieniony w treści oświadczenia o poręczeniu BEST POLYMERS GROUP S.A.

Odwolujący wskazał, że w analogicznej sprawie, w odniesieniu do wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wypowiedział się Sąd Najwyższy wskazując, iż „Wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla Zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z . wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. O tym, czy tak jest w konkretnym przypadku, decyduje treść gwarancji ubezpieczeniowej, która może być ukształtowana różnie (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. IV CSK 86/17). Na szczególną uwagę zasługuje wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 lutego 2019 r. (sygn. akt XII Ga 555/18) zapadły w sprawie, w której SN wydał przytoczony powyżej wyrok. „Sąd Okręgowy, za KIO, nie mógł podzielić stanowiska skarżących, że gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr KOR- (...) z dnia 14 lipca 2015 r. wystawiona na jednego członka konsorcjum (...) S.A. w S.) zabezpiecza interesy zamawiającego a tym samym jest prawidłowa. Podzielili w ten sposób Sąd Okręgowy ugruntowane stanowisko orzecznictwa, wskazujące na konieczność objęcia treścią gwarancji wszystkich podmiotów wchodzących w skład konsorcjum (por. wyroki zespołów arbitrów: z 25 września 2002 r. sygn. akt: UZPiZO/0-1221102, z 24 stycznia 2006 sygn. akt UZPiZO/0-149/06, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 20 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1408110, z 15 września 2014 r. sygn. akt KIO 1785/14, z 7 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2694114, z 5 maja 2015 r. sygn. akt KIO 813/15, z 22 maja 2015 r. sygn. akt KIO 974/15, z 1 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1251/15, z 17 września 2015 r. sygn. akt KIO 1936/15, z 5 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 82/16, z 8 października 2015 r., sygn. akt KIO 2067/15, 2069/15, 2071/15, z 2 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2287/15, wyroki sądów powszechnych: Sądu Okręgowego w Katowicach z 24 marca 2005 r. sygn. akt III Ca 39/05, Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 września 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1041/15, Sądu Okręgowego w Gdańsku sygn. akt: XII Ga 697/15). Pogląd taki wyrażany jest również w piśmiennictwie (por. m.in. Gwarancja ubezpieczeniowa członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego, E. K., W. M., Wiadomości Ubezpieczeniowe Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium - kontrowersje interpretacyjne, PZP 2008, Nr 2).

W ocenie Odwołujący z przywołanych orzeczeń sądowym oraz Izby wynika, że w treści gwarancji należy wymienić bądź wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego (w myśl art. 23 ust. 1 w związku z ust. 3 ustawy Pzp), a co najmniej zasygnalizowanie, że strona stosunku "gwarancyjnego" jest liderem - jednym z uczestników konsorcjum, działającym także w imieniu i na rzecz innych uczestników jako wykonawców - którzy wspólnie złożyli lub złożą w postępowaniu przetargowym ofertę, po to aby gwarant mógł prawidłowo zidentyfikować, kto jest wykonawcą w postępowaniu przetargowym. W ten sposób wykluczone, zostałyby zaś wszelkie wątpliwości interpretacyjne związane z ustalaniem zakresu zobowiązań ubezpieczyciela a tym samym gwarancja spełniałaby swój cel, tj. zabezpieczyła interes finansowy zamawiającego (beneficjenta) poprzez wypłatę mu określonej kwoty pieniężnej przez gwaranta - zakład ubezpieczeń w przypadku, gdy zobowiązany - zleceniodawca gwarancji (lub inny podmiot z nim powiązany i objęty zakresem gwarancji) nie wywiąże się ze swych powinności. Tymczasem zdaniem Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie zachodzi bardzo poważne, ryzyko, że zamawiający z uwagi na nieścisłości, co do podmiotowego i przedmiotowego zakresu gwarancji, nie uzyskałby od gwaranta sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie tylko tego wykonawcy należącego do konsorcjum, który nie jest objęty tą gwarancją.

Zdaniem Odwołującego, powyższe poglądy judykatury znajdują zastosowanie również na gruncie instytucji poręczenia udzielanego przez podmiot, o którym mowa w art. 6b ust 5 pkt 2 ustawy o PARP. „Na gruncie zamówień publicznych instytucję poręczenia obrazuje następująca definicja: jest to zobowiązanie poręczyciela względem wierzyciela (zamawiającego) do wykonania zobowiązania, w przypadku gdyby dłużnik (wykonawca) nie wykonał tego zobowiązania. Poręczyciel jest odpowiedzialny jako dłużnik solidarny. Udzielenie poręczenia cywilnoprawnego następuje w formie pisemnego oświadczenia skierowanego do beneficjenta (zamawiającego), które stanowi przyrzeczenie zapłacenia określonej kwoty na rzecz beneficjenta." (M. Mikulska-Nowacka, Wadium w formie poręczeń, Wydawnictwo ABC, Lex 2020; por. także S. Robacka, Wadium w formie poręczenia, Przetargi Publiczne nr 1 z 2019 r.). Analogia pomiędzy gwarancją, bankową, gwarancją ubezpieczeniową a poręczeniem bankowym lub SKOK oraz poręczeniem udzielanym przez podmiot, o którym mowa w art. 6b ust 5 pkt 2 u.p.a.r.p. uzasadnia odwołanie się do rozbudowanego orzecznictwa dotyczącego problematyki wadium wnoszonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w formie gwarancji.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazał, że w treści oświadczenia Poręczyciela - Kujawsko-Pomorskiego Funduszu Poręczeń Kredytowych sp. z o.o., w żaden sposób nie zostało zasygnalizowane, iż może ono dotyczyć zobowiązania także innych podmiotów niż BEST POLYMERS GROUP S.A. Zamawiający nie może mieć zatem absolutnej pewności - porównywalnej z wniesieniem wadium w pieniądzu - iż, będzie zaspokojony w każdej sytuacji, także gdy podstawą ewentualnego zatrzymania wadium byłoby kwestie odnoszące się do partnera konsorcjum - Sarr Sp. z o.o. Ponadto Odwołujący zaznaczył, iż poza oświadczeniem zawartym w § 5 ust. 1 ww. oświadczenia o poręczeniu, w konsorcjum BPG żaden sposób nie wykazało, iż Kujawsko-Pomorski Fundusz Poręczeń Kredytowych sp. z o.o. faktycznie jest podmiotem uprawnionym do wystawiania poręczeń, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 5 PZP. W doktrynie podnosi się bowiem, iż „wraz z wniesieniem wadium w postaci przedmiotowego poręczenia zasadne z punktu widzenia prawidłowości dokumentu jest również udokumentowanie, że podmiot, który go udzielił, zawarł stosowną umowę o udzielenie wsparcia z Polską Agencją Rozwoju Przedsiębiorczości (M. Mikulska-Nowacka, Wadium w formie poręczeń, Wydawnictwo ABC, Lex 2020). W przeciwieństwie bowiem do poręczeń bankowych, gdzie poręczycielem jest bank, w przypadku poręczenia, o którym mowa w art. 45 ust. 6 pkt 5 PZP, podmiotami wskazanymi w art. 6b ust. 1 pkt 1-3 u.p.a.r.p. są:

1) przedsiębiorcy,

2) podmioty działające na rzecz rozwoju gospodarczego,

3) podmioty działające na rzecz zatrudnienia lub rozwoju zasobów ludzkich. Katalog ten jest w zasadzie otwarty, a w przeciwieństwie do banków, towarzystw ubezpieczeniowych oraz spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych działalność polegająca na udzielaniu poręczeń wadialnych nie jest w żaden sposób regulowana, ani też nie podlega nadzorowi Komisji Nadzoru Finansowego. Teoretycznie zatem każdy z ponad miliona zarejestrowanych przedsiębiorców mógłby zatem wystawić poręczenie wadialne, przy czym ustawodawca jednak zawarł w art. 45 ust. 6 pkt 5 PZP

ograniczenie poprzez odesłanie do przepisu ustawy o PARP.

Odwolujący wskazał, że stosownie do art. 14 ustawy Pzp, w przypadkach nieuregulowanych w ustawie, stosuje się przepisy KC. W szczególności zatem, wykonawca przedstawiający wadium w formie poręczenia o którym mowa w art. 45 ust. 6 pkt 5 ustawy Pzp, powinien wykazać, iż przedmiotowe poręczenie zostało wystawione przez podmiot do tego uprawniony. Stosownie bowiem do art. 6 KC, ciężar dowodu spoczywa na tymże wykonawcy, wywodzącym korzystne dla siebie skutki prawne z przedłożonego dokumentu poręczenia wadialnego.

W ocenie Odwołującego mając na względzie powyższe uchybienia w dokumencie mającym stanowić wadium, Zamawiający powinien był odrzucić ofertę konsorcjum BPG. Przepisy PZP nie przewidują bowiem żadnej procedury sanowania, czy też uzupełniania nieprawidłowo wniesionego wadium.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 14 ust. 2 i 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Odwołujący wskazał, że 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. Identyczne w treść postanowienie zostało zawarte w pkt. 5.4 SIWZ. Stosowne wezwanie zostało wystosowane przez Zamawiającego do konsorcjum BPG pismem z dnia 21.08.2020 r. Dowód: wezwanie z dnia 21.08.2020 r. (w aktach postępowania)

Odwolujący wskazał, że Konsorcjum BPG w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2020 r. przedłożyło m.in. informacje z KRK dotyczące D. K., M. P. L., B. K., A. M. L., D. K. oraz podmiotu zbiorowego BES POLYMERS GROUP S.A., z których jedynie ostatni dokument zawiera podpisy B. K. oraz A. M. L. . Dowód: informacje KRK przedłożone przez konsorcjum BPG (w aktach postępowania)

Dalej Odwołujący podniósł, że zgodnie z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1282), Dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem. Zgodnie zaś z § 14 ust. 4 ww. rozporządzenia, poświadczenie za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, o której mowa w ust. 2, następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

W ocenie Odwołującego oczywiste jest, iż wybór konsorcjum BPG był co najmniej przedwczesny, gdyż nie ulega wątpliwości, że w odniesieniu do informacji z KRK dotyczących D. K., M. L., B. K., A. M. L., D. K. brak jest złożenia ich we właściwej formie, tj. elektronicznych kopii opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zdaniem Odwołującego Zamawiającemu powinien być zatem zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwać do ich uzupełnienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że Konsorcjum BPG w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2020 r. przedłożyło m.in. informacje z KRK dotyczące K. S. oraz podmiotu zbiorowego Sarr sp. z o.o. wystawione dnia 27 lutego 2020 r. W dacie ich składania Zamawiającemu, tj. w dniu 31 sierpnia 2020 r. minęło już ponad 6 miesięcy od daty ich wystawienia, zatem trudno uznać, iż były one aktualne na dzień ich złożenia Zamawiającemu. Dowód: informacje z KRK przedłożone przez konsorcjum BPG (w aktach postępowania).

Odwolujący wskazał, że zgodnie z art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. Zdaniem Odwołującego w sytuacji przedstawiania przez konsorcjum BPG informacji z KRK starszej niż 6 miesięcy zaktualizowała się przesłanka określona w końcowej części przepisu art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, a dla zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania Zamawiający powinien był wezwać konsorcjum BPG do przedłożenia aktualnych informacji z KRK dotyczących Sarr sp. z o.o. i jej zarządu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Z powyższego przepisu wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ma obowiązek równego traktowania wykonawców. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 8 maja 2015 roku o sygn. akt KIO 873/15. Zdaniem Odwołującego dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum BPG, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, stanowiło oczywiste i rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Izba ustaliła co następuje:

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r.).

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów, o kodzie 191212 z Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Łaskowie”.

Izba ustaliła, że w pkt 5.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest złożyć razem z ofertą, za pośrednictwem miniPortalu: <https://miniportal.uzp.gov.pl>, aktualne na dzień składania ofert oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca: a) nie podlega wykluczeniu; b) spełnia warunki udziału w postępowaniu. W pkt 5.2 Zamawiający wskazał, że oświadczenie, o którym mowa w pkt 5.1 SIWZ wykonawca zobowiązany jest złożyć w formie jednolitego dokumentu sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, zwanego dalej „Jednolitym Dokumentem” lub „JEDZ” – wg załącznika 3 do SIWZ. Ponadto, w pkt 5.4 Zamawiający wskazał, że przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej, 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 ustawy Pzp.

Dalej Izba ustaliła, że w pkt 5.7 SIWZ Zamawiający wskazał, że na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca zobowiązany jest złożyć następujące oświadczenia lub dokumenty: pkt 5.7.2. - w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale 4 niniejszej SIWZ: a)

informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Izba ustaliła, że termin składania ofert upływał w dniu 18 sierpnia 2020 r. W postępowaniu złożono dwie oferty: Odwołującego oraz Przystępującego. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 2.808.000 zł brutto. Oferta Przystępującego wynosiła 2.937.600 zł, zaś oferta Odwołującego 3.144.960 zł. Izba ustaliła, że Przystępujący złożył wraz z ofertą wadium w formie oświadczenia Kujawsko - Pomorskiego Funduszu Poręczeń Kredytowych sp. z o.o. o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium w dniu 14.08.2020 r. Zgodnie z treścią przedmiotowego dokumentu, udzielono poręczenia „za zobowiązanie: BEST POLYMERS GROUP S.A. (...) do zapłaty wadium w związku z przystąpieniem przez Zobowiązanego do przetargu publicznego organizowanego przez Zamawiającego, tj.: Gminny Zakład Komunalny w Mirczu”. Zgodnie zaś z § 3 ust. 1 przedmiotowego oświadczenia, „Odpowiedzialność Poręczyciela z tytułu udzielonego poręczenia obejmuje spłatę 100% aktualnego i wymagalnego zobowiązania Zobowiązanego wobec Zamawiającego do zapłaty wadium, na wypadek gdyby Zobowiązany nie wykonał tego, zobowiązania w terminie.” W pkt 3 poręczenia poręczyciel określił sytuację, w których Zamawiający będzie uprawnione do wystąpienia do poręczyciela o realizację poręczenia. Zapisy odpowiadają regulacjom zawartym w art. 45 ust. 4 i 5a ustawy Pzp. Poręczyciel posługuje się w tych zapisach określeniem „wykonawca”.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 21 sierpnia 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia dokumentów na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 31 sierpnia 2020 r., Przystępujący złożył wymagane dokumenty, w tym m.in., informację z KRK. Izba ustaliła, że Przystępujący dołączył informację z KRK dotyczące D. K., M. L., B. K., A. M. L., D. K., podmiotu zbiorowego BEST POLYMERS GROUP S.A., K. S. oraz SARR sp. z o.o. Izba ustaliła, że Przystępujący otrzymał informację z KRK w formie papierowej, która następnie została zeskanowana do jednego pliku, plik zaś został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób uprawnionych do reprezentowania konsorcjum. Informacja z KRK dla p. K. S. oraz dla spółki Sarr sp. z o.o. została wydana w dniu 27.02.2020 r. Skany tych dokumentów zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym p. S.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 14 września 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. W przypadku zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów mogłoby dojść do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Izby zarzuty podniesione w odwołaniu nie potwierdziły się, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Ustawodawca w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp dopuścił jako formę wadium poręczenie udzielane przez banki, spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe oraz podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z 9.11.2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (dalej „**PARP**”).

Zgodnie z art. 6b ust. 8 ustawy PARP wsparcie finansowe następuje na podstawie umowy zawartej między Polską Agencją Rozwoju Przedsiębiorczości a tymi podmiotami, do której to umowy stosuje się przepisy ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.). Celem udzielania poręczenia jest w szczególności pomoc w rozwoju mikro, małym i średnim przedsiębiorcom przez stworzenie im dostępu do kapitału na atrakcyjnych warunkach finansowych. Docelowo taka pomoc zwiększa konkurencyjność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ umożliwia wykonawcom wzięcie udziału w tych postępowaniach, w których nie byłoby w stanie pozyskać dokumentu gwarancji wadialnej bądź wnieść wymaganej kwoty wadium. Należy przyjąć, że zobowiązanie poręczyciela udzielającego poręczenia na podstawie art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy PARP może być wyłącznie pieniężne. Poręczenie sprowadza się do zagwarantowania, że dłużnik spełni swoje zobowiązanie. W świetle charakteru poręczenia oraz celu jego złożenia w postępowaniu przetargowym poręczyciel nie poręcza za wniesienie wadium przez wykonawcę, a za jego zatrzymanie i skorelowany z nim obowiązek jego zapłaty. Poręczyciel odpowiada zatem za dług przyszły w postaci zapłaty kwoty wadium w wysokości oznaczonej w SIWZ.

Dalej wskazać należy, że przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał (k.c.). Oświadczenie poręczyciela powinno być pod rygorem nieważności złożone na piśmie (k.c.), stąd wymóg złożenia dokumentu poręczenia w oryginale. O zakresie zobowiązania poręczyciela – stosownie do k.c. – rozstrzyga każdorazowy zakres zobowiązania dłużnika. Przepis ten wyraża zasadę akcesoryjności poręczenia, polegającą na tym, że zakres zobowiązania poręczyciela jest powiązany (zależny) z zakresem zobowiązania dłużnika głównego.

Podkreślić należy, że w przeciwieństwie do gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej będącej zobowiązaniem abstrakcyjnym, poręczenie obejmuje zobowiązanie kauzalne (*causa cavendi*). Abstrakcyjność gwarancji wraz z zastosowaniem klauzuli płatności na pierwsze pisemne żądanie wyklucza możliwość podnoszenia przez bank zarzutów z tytułu stosunku podstawowego łączącego wykonawcę z zamawiającym. W świetle regulacji kodeksowej poręczycielowi przysługują wszelkie zarzuty, jakie mógłby podnieść dłużnik wobec wierzyciela (art. 883 § 1 k.c.). Poręczycielowi przysługują ponadto zarzuty osobiste (czyli takie, które przysługują wyłącznie jemu, ale już nie dłużnikowi). Jest to jeden z głównych elementów, prócz akcesoryjności, które odróżnia poręczenie od gwarancji bankowej bądź ubezpieczeniowej. Z tego też względu argumentacja Odwołującego w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, która w zasadniczej części stanowi odwołanie do orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych dotyczących gwarancji ubezpieczeniowej/bankowej nie ma zastosowania do poręczeń i nie może ona stanowić o zasadności podniesionego zarzutu. Z uwagi na odmienny charakter zabezpieczenia w postaci poręczenia nie ma podstaw do stosowania w sposób jaki chciałby Odwołujący orzecznictwa sądów powszechnych dotyczącego wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej/bankowej. Umowa poręczenia nie jest bowiem umową o charakterze abstrakcyjnym.

Dalej wskazać należy, że prawem Zamawiającego jest wskazanie w SIWZ wymagań dotyczących wadium. Stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp SIWZ zawiera co najmniej wymagania dotyczące wadium. W tym zakresie ustawodawca pozostawiał zamawiającym swobodę określenia wymagań dotyczących wadium, z zastrzeżeniem regulacji zawartej w art. 45 i 46 ustawy Pzp. Oświadczenie zamawiającego zawarte w SIWZ dotyczące formy i zasad wniesienia wadium co do zasady traktowane jest jako jednostronna czynność prawna, która podlega wykładni na

podstawie art. 65 k.c. Zamawiający ma zatem prawo do ukształtowania wymagań dotyczących poręczenia w sposób w który, w ocenie zamawiającego, będzie zabezpieczał najpełniej jego interes, w okolicznościach określonych przez ustawodawcę w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. W analizowanym stanie faktyczny, Zamawiający jednakże nie wykorzystał w żaden sposób z przysługującego mu prawa do ukształtowania wymagań dotyczących poręczenia. W pkt 8.5 Zamawiający wskazał, że wnoszone wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej musi być gwarancją nieodwołalną, bezwarunkową i płatną na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego, sporządzoną zgodnie z obowiązującymi przepisami i powinna zawierać następujące elementy: nazwę dającego zlecenie (wykonawcy), beneficjenta gwarancji (zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielającej gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib, b) kwotę gwarancji, c) termin ważności gwarancji w formule: „od dnia – do dnia”, d) zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze żądanie zamawiającego w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie zawarł żadnych szczegółowych regulacji dotyczących wadium w formie poręczenia. Analiza więc skuteczności poręczenia złożonego przez Przystępującego winna być dokonana w świetle przepisów kodeksu cywilnego oraz treści poręczenia. Odwołujący zasadność zarzutu upatrywał w tym, że w treści poręczenia wymieniony jest tylko jeden z podmiotów ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, co sprawia, że Zamawiający nie będzie miał absolutnej pewności, że będzie zadowolony w każdej sytuacji, także gdy podstawą ewentualnego zatrzymania wadium byłby kwestie odnoszące się do partnera konsorcjum. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Po pierwsze, zdaniem Izby to obowiązkiem Zamawiającego było takie ukształtowanie zapisów SIWZ dotyczących zasad wnoszenia poręczenia, aby w sposób skuteczny i odpowiadający potrzebom Zamawiającego, zabezpieczyć jego interes. Zamawiający zaś w tej kwestii nic nie uczynił, ograniczając się do zamieszczenia w treści SIWZ przepisów ustawy Pzp dotyczących dopuszczalnych form wnoszenia wadium. Mógł przecież Zamawiający wskazać, że poręczenie musi być ukształtowane jako zobowiązanie stron oparte na zasadach zbliżonych do gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej. Nie uczynił zaś tego, trudno zatem na etapie badania i oceny ofert podnosić skutecznie zarzut wobec Przystępującego, iż przedstawione przez niego poręczenie nie zabezpiecza interesów Zamawiającego. To Zamawiający w pierwszej kolejności nie zabezpieczył swoich interesów w sposób wyczerpujący w SIWZ. Po drugie, zdaniem Izby brak w treści poręczenia nazwy drugiego z członków konsorcjum nie oznacza, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. W tym zakresie, Izba wskazuje, że w przeciwieństwie do gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej, która ma charakter abstrakcyjny, poręczenie nie jest umową o charakterze abstrakcyjnym, zaś zakres zobowiązania poręczyciela jest powiązany (zależny) z zakresem zobowiązania dłużnika głównego. Umowa poręczenia podlega wykładni i interpretacji w świetle art. 65 k.c. Znaczenia mają również zachowanie stron poprzedzające zawarcie umowy jak i po jej zawarciu. W tym zakresie Izba wskazuje, że z treści poręczenia wynika w sposób jednoznaczny, że poręczyciel zobowiązuje się do zapłaty wadium w wysokości wymaganej przez Zamawiającego. W zakresie opisu okoliczności, które wywołują obowiązek zapłaty wadium przez poręczyciela odpowiedzialność poręczyciela nie została ograniczona do działań czy zaniechań wyłącznie Best Polymers Group S.A. Poręczenie posługuje się ogólnym pojęciem „wykonawca” (pkt 3 poręczenia). Z treści złożonego pisma z dnia 5 października 2020 r. wynika jednoznacznie, że poręczyciel zobowiązał się do zapłaty wadium również w przypadku, gdy okoliczności opisane w §3 ust. 3 pkt 1) oraz pkt 2 lit. a)-c) dotyczą konsorcjanta nie wymienionego w treści poręczenia.

Ponadto należy wskazać, że zgodnie z Uchwałą SN z dnia 15 lutego 2018 r. IV CSK 86/17 solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego istnieje również na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc odpowiadają oni łącznie za realizację uprawnień zamawiającego w kwestii wadium. Jak wskazał SN należy uznać, zgodnie z KC, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za ich wykonanie. W świetle poręczenia okoliczność ta ma istotne znaczenie, z uwagi na akcesoryjny charakter poręczenia. Należy bowiem przyjąć, że Best Polymers Group S.A. odpowiada również za niewykonanie obowiązków konsorcjanta, z którym złożył ofertę. W tym kontekście każdy z członków konsorcjum zobowiązany jest do zapłaty kwoty wadium względem Zamawiającego, nawet w sytuacji gdy przyczyny wypłaty wadium leżałyby po stronie drugiego z konsorcjantów. W sytuacji zaś ziszczenia się warunków do zatrzymania wadium określonych w art. 45 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, Zamawiający ma prawo wystąpić o wypłatę wadium do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odmowa zaś wykonania wypłaty wadium przez tych wykonawców będzie skutkować tym, że Zamawiający ma możliwość wystąpienia do poręczyciela o realizację poręczenia. W takiej sytuacji, nie ma podstaw do odmowy realizacji wadium w formie poręczenia. Interes Zamawiającego jest, w ocenie Izby, zabezpieczony tj. Zamawiający otrzyma od poręczyciela kwotę wadium, gdyż podmiot na który zostało wystawione poręczenie nie wykonał ciężącego zobowiązania do zapłaty wymaganej kwoty wadium. Zdaniem Izby z uwagi na akcesoryjny charakter poręczenia oraz solidarną odpowiedzialność wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia za wniesienie wadium oraz brak jakichkolwiek postanowień w SIWZ w zakresie wymagań dotyczących poręczenia, w analizowanym stanie faktycznym Przystępujący złożył wadium w prawidłowy sposób i nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że obowiązkiem Przystępującego było wykazanie, że Kujawsko – Pomorski Fundusz Poręczeń Kredytowych może udzielać poręczeń, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 5 ustawy Pzp. Z treści złożonego poręczenia w § 5 ust. 1 jasno wynika umocowanie Funduszu do udzielenia poręczeń. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów na podważenie prawdziwości oświadczeń Funduszu. Zamawiający złożył podczas rozprawy dokumenty potwierdzające, że poręczyciel – Kujawsko – Pomorski Fundusz Poręczeń Kredytowych jest podmiotem uprawnionym do udzielania poręczeń na podstawie art. 45 ust. 6 pkt 5 ustawy Pzp (tj. wydruki ze strony internetowej PARP podmiotów posiadających stosowane umowę).

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 PZP w zw. z § 14 ust. 2 i 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Wskazać należy w pierwszej kolejności, że od dnia 18 października 2018 r. w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp a wykonawcami odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy 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 potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 5, 6 ustawy Pzp zamawiający może żądać m.in. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w

zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu § 5 pkt 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 (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.), dalej jako: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”).

Jednocześnie w świetle § 14 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w ww. rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem. Z kolei poświadczenie za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego (§ 14 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów). Z powyższym przepisem korespondują postanowienia § 5 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1261), zgodnie z którymi jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia. W przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp albo przez podwykonawcę, jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.

Zarzut Odwołującego sprowadzał się do twierdzenie, że w odniesieniu do informacji z KRK dotyczącej D. K., M. L., B. K. A. M. L., D. K. informacja ta została wniesiona w nieprawidłowej formie. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Zdaniem Izby Przystępujący spełnił wymóg przedłożenia elektronicznej kopii dokumentów. Wykonawca bowiem złożył w formie elektronicznej plik, w którym zawarte zostały wymagane informacje z KRK, następnie zaś plik ten został opatrzony podpisem elektronicznym osób umocowanych do działania w imieniu konsorcjum. Zdaniem Izby nie ma żadnych wątpliwości, że opatrzenie kwalifikowanym podpisem elektronicznym pliku zawierającego dokumenty należy interpretować w ten sposób, iż cała zawartość pliku stanowi elektroniczną kopię dokumentów, a tym samym dokumenty zawarte w pliku uznać należy za elektroniczną kopię dokumentów. Zdaniem Izby w świetle rozporządzenia 910/2014 z 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym (eIDAS) podpisem elektronicznym można opatrywać zarówno pojedyncze dokumenty elektroniczne, jak i skompresowane paczki dokumentów. Zgodnie z definicją podpisu elektronicznego zawartą w przywoływanym rozporządzeniu, podpis elektroniczny to dane w postaci elektronicznej, które wraz z innymi danymi, do których zostały dołączone lub z którymi są logicznie powiązane, służą do identyfikacji osoby składającej podpis elektroniczny. Zdaniem Izby złożenie podpisu zarówno pod plikiem, jak i pojedynczym dokumentem rodzi taki sam skutek prawny. Tym samym opatrzenie pliku kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę czyniło zadość wymaganiom prawnych co do przekazania Zamawiającemu elektronicznej kopii dokumentów. W konsekwencji, Izba uznała zarzut Odwołującego za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 2f ustawy Pzp - aktualność informacji z KRK

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Wskazać należy, że 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 ustawy 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 potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 5, 6 ustawy Pzp zamawiający może żądać m.in. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (§ 5 pkt 1 rozporządzenie w sprawie dokumentów).

Zdaniem Izby ustawodawca nakłada na wykonawcę wymóg złożenia dokumentów aktualnych na dzień złożenia, z drugiej zaś strony w przypadku informacji z KRK określa datę ważności takiego dokumentu, wskazując, że w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia zamawiający może żądać informacji z KRK, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert. W analizowanym stanie faktycznym, Przystępujący spełnił wymóg nałożony przez ustawodawcę ponieważ zakwestionowana przez Odwołującego informacja z KRK dotycząca p. K. S. oraz spółki Sarr sp. z o.o. wystawiona została z datą 27 lutego 2020 r., termin zaś składania ofert upływa w dniu 18 sierpnia 2020 r. W ocenie Izby wykonawca przedkładając ww. dokumenty w dniu 31 sierpnia 2020 r. potwierdził ich aktualność na dzień składania. Podkreślić należy, że Przystępujący uczynił zadość wymaganiom wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ. Zgodnie bowiem z pkt 5.7 na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca zobowiązany jest złożyć następujące oświadczenia lub dokumenty: pkt 5.7.2. - w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale 4 niniejszej SIWZ: a) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Trudo zatem wywodzić negatywne skutki wobec Przystępującego, w sytuacji, w której działał zgodnie z postanowieniami SIWZ. Zdaniem Izby Dyrektywy 2014/24 miała główny cel zmierzający do uelastycznienia i odformalizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem rozbieżności powstające w toku interpretacji wyrażenia „aktualne na dzień złożenia” w świetle rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów prowadzą niewątpliwie do braku pewności wykonawców co do ich obowiązków w toku postępowania przetargowego. W takiej sytuacji, w ocenie Izby, należy przyjąć interpretację korzystną dla wykonawcy.

Należy podkreślić, że zgodnie z art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. Przepis ten umożliwia weryfikację rzetelności wykonawcy na każdym etapie postępowania. Nie może być jednak postrzegany jako narzędzie do mnożenia dokumentów w postępowaniu. Zamawiający kierując do wykonawcy

wniosek o potwierdzenie aktualności oświadczeń i dokumentów musi mieć uzasadnione podstawy, że złożone dokumenty są już nieaktualne. I nie chodzi tu, zdaniem Izby, o datę ich wystawienia, ale o aktualności informacji zawartych w dokumentach. Odnosząc to do informacji z KRK Zamawiający może żądać nowych informacji z KRK, jeśli ma uzasadnione podstawy do przyjęcia, że w stosunku do konkretnych osób czy podmiotów zbiorowych zachodzi podejrzenie, iż figurują w rejestrze karnym. Takich okoliczności Odwołujący jednakże nie wykazał. To zaś skutkowało oddaleniem zarzutu podniesionego przez Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b 972 z zm.).

Przewodniczący:.....