Sygn. akt: KIO 124/15

WYROK
z dnia 30 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 stycznia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 stycznia 2015 r.** przez wykonawcę Techno – Pomiar Sp. z o.o., z siedzibą w Tarnowie

w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Control Process S.A.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołania;**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Techno – Pomiar Sp. z o. o.** i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Techno – Pomiar Sp. z o.o.** 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 2010 r. 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 124/15

UZASADNIENIE

W dniu 20 stycznia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy TECHNO - POMIAR Sp. z o.o. (dalej „Odwołujący") wobec czynności zamawiającego Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (dalej „Zamawiający") podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Świadczenie usług konserwacyjno - serwisowych urządzeń automatyki oraz układów (komputerowych systemów) sterowania i wizualizacji zainstalowanych na kopalniach PGNIG SA w Warszawie - Oddział w Sanoku" z dnia 15 stycznia 2015 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 25 w zw. z art. 36 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawa **Pzp")** poprzez ich niezastosowanie i wykluczeniu Odwołującego się pomimo, że z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") nie wynikał wprost obowiązek złożenia zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego (dalej „KRK") dla podwykonawców, a w każdym razie obowiązek ten nie był wysłowiony wyraźnie oraz z treści SIWZ nie wynikało, że nie dostarczenie zaświadczenia z KRK podwykonawcy z określoną datą spowoduje wykluczenie wykonawcy;

2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 1 pkt 5-6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. (zwanego dalej Rozporządzeniem) w zw. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i art. 43 ustawy o ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary poprzez błędną ich wykładnię, polegająca na przyjęciu, że przedłożone przez Odwołującego się zaświadczenia z KRK Spółki INT TECHNICS Sp. z o.o. winno być sporządzone najpóźniej na dzień składania ofert, pomimo, że zarówno art. 24 ustawy PZP jak również § 3 Rozporządzenia wskazuje jedynie najwcześniejszą datę wystawienia zaświadczenia oraz, że przedłożone zaświadczenie z KRK nie dokumentuje stanu z dnia 27 listopada 2014 r.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego się z postępowania; (ii) dopuszczeniu oferty złożonej przez Odwołującego; (iii) ponownej oceny złożonych ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty; (iv) zasądzenie na rzecz Odwołującego się od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że zawiadomieniem z dnia 15 stycznia 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego się o jego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzuceniu złożonej oferty.

Zdaniem Odwołującego się zapisy SIWZ nie stanowiły wyraźnie, że istnieje obowiązek złożenia zaświadczenia z KRK dla podwykonawców, a także z treści SIWZ nie wynikało, że niedostarczenie zaświadczenia z KRK podwykonawcy z określoną datą spowoduje wykluczenie wykonawcy. Odwołujący wskazał, że w punkcie 4. PODWYKONAWCY nie ma zapisów, które świadczyłyby o konieczności przedłożenia zaświadczenia z KRK dla podwykonawcy.

W ocenie Odwołującego w punkt 6. "WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA TYCH WARUNKÓW", również nie uprawnia do stwierdzenia, iż zażądano takiego dokumentu. Wprawdzie znajdują się zapisy dot. podmiotu trzeciego, ale po pierwsze nie wiadomo czy chodzi tu o podwykonawcę skoro użyto innego określenia niż we wcześniejszych zapisach SIWZ, a po drugie dokładne wczytanie się w treść całego punktu 6 wskazuje, że w podpunktach 6.1.2.1., 6.1.2.2 i 6.1.2.3., gdzie odwołano się do dokumentacji chodzi o spełnienia warunków odpowiednio dot. "posiadania wiedzy i doświadczenia" (6.1.2.1.), "dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia" (6.1.2.2.) oraz "sytuacji ekonomicznej i finansowej" (6.1.2.3.). Zatem nie sposób szerzej rozumieć tych zapisów.

Odwołujący dalej wskazał, że w pkt 7. "WYKAZ OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU" w podpunktach 7.1.5. i 7.1.6. jest mowa o zaświadczeniu z KRK, ale tylko odnośnie Wykonawcy.

W podpunkcie 7.1.13. jest mowa o obowiązku zgłoszenia dokumentów wymienionych w 7.1.8., 7.1.9., 7.1.11. i 7.1.12., a następnie zaznaczono: "Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach

---

innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów, o których mowa w pkt 7.1.2 - 7.1.6 SIWZ". W ocenie Odwołującego pozornie tenże zapis mógłby wskazywać na konieczność doręczenia zaświadczeń z KRK, ale jest on wewnętrznie sprzeczny. Otóż wyraźnie zaznaczono, że „Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których

mowa w art. 22 ust 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a tenże przepis stanowi, iż: "O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; 2) posiadania wiedzy i doświadczenia; 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej".

W ocenie Odwołującego faktycznie ten zapis SIWZ mówi o dokumentacji będącej dowodem spełnienia warunków określonych w tym przepisie, a żaden punktów art. 22 ust. 1 ustawy o Pzp nie da się dopasować do kwestii karalności, czy w ogóle zaświadczenia z KRK. Odwołujący wskazał, że zaświadczenie z KRK nie jest przecież dowodem "posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania", ani "posiadania wiedzy i doświadczenia", ani "dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia" ani tym bardziej sytuacji ekonomicznej i finansowej".

Odwołujący wskazał również, że w 7.2. SIWZ wskazuje, że warunek dotycząc spełniania wymagań na dzień spełnienia ofert dotyczy tylko Wykonawcy. Nigdzie tekst SIWZ nie pozwala przyjąć, że zapis dot. Wykonawcy automatycznie odnoszony jest do Podwykonawcy lub jakiegokolwiek innego Podmiotu trzeciego.

Wobec tego wniosek, że wykluczenie zostało dokonane niezgodnie z zapisami SIWZ, a co za tymi wskazanymi w zarzucie przepisami jest uzasadniony.

Ponadto, w ocenie Odwołującego również w wezwaniu do uzupełnienia braków zażądano m.in. aktualnej informacji z KRK podwykonawcy wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a więc nie zaznaczono, że zaświadczenie to ma być wystawione nie później niż w dniu składania ofert. Dalej w tekście wezwania znów wskazano jedynie, że "składane dokumenty muszą potwierdzać spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później, niż w dniu 27.11.2014 r., w którym upłynął

termin składania ofert.", ale znów widoczny jest brak precyzji, bo napisano jedynie o spełnieniu warunków przez Wykonawcę.

Odwołujący wskazał również, że wymóg ważności zaświadczenia tj. jak zaznaczył w uzasadnieniu Zamawiający "okres 6 miesięcy liczony wstecz od dnia składania ofert" został spełniony i to z nawiązką. Przedstawione zaświadczenie nie było sprzed więcej niż 6 miesięcy od dnia składania ofert. Odwołujący podkreślił, z przepisów ustawy Pzp, ani z Rozporządzenia (§ 3 ust. 5 - 6) nie wynika, aby informacja o niekaralności winna zostać sporządzona najpóźniej na dzień składania ofert, a wskazują wyłącznie najwcześniejszą datę jej ważności, tj. nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków.

W niniejszej sprawie zaświadczenie z KRK zostało wystawione po dniu składania ofert, ale na pewno nie narusza to tych przepisów. W ocenie Odwołującego problem sprawia wykładnia art. 26 ust. 3 zdanie 2 ustawy Pzp i w tym zakresie od wykładni teleologicznej nie można abstrahować, gdyż tylko w ten sposób, jeśli wykładnia językowa nie daje jednoznacznych wyników lub wyniki wykładni językowej dają absurdalne wyniki, można odkryć istotę regulacji.

W ocenie Odwołującego celem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jest m.in. to, aby osoby prawomocnie skazane ze wymienione w ustawie przestępstwa nie wykonywały kontraktów uzyskanych w trybie ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający całkowicie abstrahuje od sensu ustanowienia takiej regulacji, bo tym sensem z pewnością nie jest nadmierny i bezrefleksyjny formalizm. Oczywiście obowiązująca regulacja ma wiele wad, bo teoretycznie podmiot dysponujący zaświadczeniem z KRK z przed 6 miesięcy może w między czasie zostać prawomocnie skazany i wpisany do tegoż rejestru, a więc zaświadczenie z pewnością nie daje pełnej ochrony. Niemniej jednak zaświadczenie dostarczone w trybie uzupełnienia braków i z datą późniejszą nie jest od wcześniej wymienionego zaświadczenia gorsze, a daje nawet lepszą ochronę ustawowego celu jakim

jest wola ustawodawcy.

W ocenie Odwołującego wykazał on na podstawie zaświadczenia z KRK i odpisu z KRS Spółki INT TECHNICS Sp. z o.o., a więc wprawdzie za pomocą dokumentów wystawionych po dniu składania ofert, ale dokumentujących stan również na dzień składania ofert, że spełniał warunki udziału w postępowaniu w dniu 27 listopada 2014 r.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu z dnia 3 października 2014 r. nr 2014/S 190-335827 na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) wezwanie Zamawiającego z dnia 8 grudnia 2014 r. oraz odpowiedź Odwołującego z dnia 11 grudnia 2014 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania do uzupełnienia dokumentacji ofertowej oraz zakresu uzupełnień złożonych przez Odwołującego; (iii) pismo z dnia 15 stycznia 2015 r. na okoliczność ustalenia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług konserwacyjno - serwisowych urządzeń automatyki oraz układów (komputerowych systemów) sterowania i wizualizacji zainstalowanych na kopalniach PGNIG S.A. w Warszawie - Oddział w Sanoku".

Zgodnie z pkt 7.1.13 SIWZ Zamawiający wskazał, że jeśli wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów o których mowa w pkt 7.1.2 – 7.1.6 SIWZ. W pkt 7.1.4 Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Pismem z dnia 8 grudnia 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia złożonej oferty, wskazując, iż w treści oferty Odwołujący oświadczył, iż zamierza wykonywać zamówienia przy udziale podwykonawcy INT – Technics Sp. z o.o. Zgodnie zaś z sekcją III.2.2) pkt III oraz sekcją III.2.3 pkt III, jak również, pkt 7.1.13 SIWZ Odwołujący był zobowiązany do złożenia również aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert również dla podwykonawcy.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 11 grudnia 2014 r. Odwołujący uzupełnił dokumentację ofertową przedkładając Zamawiającemu m.in. informację z KRK z dnia 5 grudnia 2014 r. dla P. O. – prezesa zarządu spółki INT – Technics Sp. z o.o., K. P. – vice – prezesa zarządu spółki INT Technics Sp. z o.o. oraz dla spółki INT Technics Sp. z o.o.

Pismem z dnia 15 stycznia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24

ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a jego oferta odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 22 stycznia 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Control Process S.A. Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Zamawiający w dniu 28 stycznia 2015 r. na posiedzeniu z udziałem stron złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie podniesionych zarzutów w całości.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.
Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone 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, w postaci nieuzyskania zamówienia.
Odwołania nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty Odwołującego są niezasadne. Izba w całości popiera stanowisko Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 25 w zw. z art. 36 ust. 6 ustawy Pzp

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, iż w myśl art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia publicznego mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: (i) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; (ii) posiadania wiedzy i doświadczenia;

(iii) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; (iv) sytuacji ekonomicznej i finansowej. Dalej wskazać należy, że w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1 – 11 ustawy Pzp wymienione zostały natomiast warunki, w związku z zaistnieniem których wyklucza się wykonawcę z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. O tych dwóch rodzajach warunków jest mowa w art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, stosownie do którego, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków lub ofert o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert: (a) spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz (b) brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Z zacytowanych przepisów wynika, iż warunki udziału w postępowaniu to „warunki pozytywne" rozumiane jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy w zakresie określonych uprawnień, potencjału, sytuacji itp. dających gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego, a także brak „warunków negatywnych", tj. brak okoliczności stanowiących podstawę do wykluczenia wykonawcy z art. 24 ustawy Pzp.

Wskazać dalej należy, że niespełnienie bądź to warunków pozytywnych bądź to warunków negatywnych skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Stanowi o tym art. 24 ust. 2 pkt 4 nakazujący zamawiającemu wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, że Odwołujący argumentował, że z treści SIWZ nie wynikał wprost obowiązek złożenia zaświadczenia z KRK dla podwykonawców, a w związku z tym Zamawiający bezzasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania naruszając tym samym art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 25 w zw. z art. 36 ust. 6 ustawy Pzp.

Nie sposób zgodzić się z interpretacją SIWZ zaprezentowaną przez Odwołującego, który doszukuje się niejednoznaczności w postanowieniach SIWZ w celu usprawiedliwienia braków w przedłożonej dokumentacji ofertowej. Wskazać należy w pierwszej kolejności, że w pkt 6 SIWZ pn. „Warunki *udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków",* Zamawiający wskazał w pkt 6.1.2.1 - „Podmiot *trzeci",* iż wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu. Wykonawca zobowiązany jest złożyć pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego, o którym mowa w pkt

7.1.13 SWIZ wraz z dokumentami o których mowa w pkt 7.1.2 – 7.1.6 SIWZ (tj. m.in. aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Pzp).

Ponadto, Zamawiający wskazał w pkt 7.1.13 SIWZ, iż jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów, o których mowa w pkt 7.1.2 – 7.1.6 SIWZ (tj. m.in. aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Pzp).

Mając na uwadze powyższe zapisy, Izba uznała, że Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny wymagał od wykonawcy składającego ofertę złożenia zaświadczenia z KRK również dla podwykonawców. Argument Odwołującego o niejednoznaczności pojęć („podwykonawca" vs. „podmiot trzeci") w SIWZ jest bezzasadny. Zamawiający prawidłowo użył pojęć „podwykonawca" i „podmiot trzeci". Wskazać bowiem należy, że pojęcia te nie są tożsame. Nie każdy podmiot trzeci użyczając swojego zasobu do realizacji zamówienia staje się automatycznie podwykonawcą zamówienia. Wykonawca składając ofertę winien był określić czy podmiot trzeci z zasobów którego zamierza korzystać będzie również brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca czy nie i zastosować odpowiednie zapisy SIWZ. Zamawiający wyraźnie i jednoznacznie wskazał w pkt 7.1.13 SIWZ, że jeśli wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów o których mowa w pkt 7.1.2 – 7.1.6 SIWZ.

Odwołujący wskazał w treści oferty, że będzie korzystał w podwykonawcy w trackie realizacji zamówienia. W pkt 6 formularza oferty przedstawił zakres prac, który zamierza powierzyć podwykonawcy INT Technics Sp. z o.o. przedkładając jednocześnie zobowiązanie tego podmiotu do oddania niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego. W konsekwencji w ocenie Izby wątpliwości Odwołującego co do konieczności przedłożenia aktualnej informacji z KRK również dla podwykonawcy tj. spółki INT Technics Sp. z o.o. nie mają żadnego oparcia w przywołanych przez Izbę powyżej zapisach SIWZ. Skoro bowiem wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (vide: Odwołujący – w zakresie wiedzy i doświadczenia), polega na zasobach innego podmiotu określonego w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmiot

ten będzie brał udział w realizacji przedmiotu zamówienia (vide: INT Technics Sp. z o.o.) wykonawca zobowiązany był do przedłożenia wraz z ofertą również dla podwykonawcy aktualnej informacji z KRK. Wywodu i interpretacje przedstawione przez Odwołującego w treści odwołania są wyłącznie twórczą interpretacją zapisów ustawy Pzp i SIWZ Odwołującego i nie znajdują potwierdzenia w literalnej wykładni zapisów SIWZ. Nie sposób zgodzić się za Odwołującym, że pkt 7.1.13 w zw. z pkt 7.1.2 – 7.1.6 SIWZ dotyczy dokumentacji będącej dowodem spełnienia określonych warunków o których mowa w art. 22 ust 1 ustawy Pzp, a zaświadczenia z KRK nie jest takim dowodem. Powyższa interpretacja nie ma odzwierciedlenia w literalnej wykładni postanowień SIWZ. Pkt 7.1.13 SIWZ wskazuje po pierwsze, iż w przypadku, gdy wykonawca polega na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie wskazanym w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i podmiot ten będzie działał jako podwykonawca, to winien on również przedłożyć dokumenty wymienione w pkt 7.1.2 – 7.1.6 SIWZ. Ponadto, powyższe postanowienie SIWZ wyjaśnia, iż na potwierdzenie dostępności zasobów wykonawca winień był przedłożyć pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Wskazać również należy, że Odwołujący w żaden sposób nie kwestionował czynności Zamawiającego z dnia 8 grudnia 2014 r. Zmawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia m.in. aktualnej informacji z KRK dla podwykonawcy. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie nie zakwestionował postanowień SIWZ, nie wskazał na ich niejednoznaczność czy też brak

obowiązku złożenia żądnego dokumentu, a w związku z tym należy uznać, że wezwanie uznał za zasadne i mające potwierdzenie w postanowieniach SIWZ.

Nie zasługuje również na uwzględnienie stanowisko Odwołującego w zakresie interpretacji pkt 7.2 SIWZ. Odwołujący argumentował, że obowiązek spełnienia wymagań i warunków udziału w postępowaniu na dzień upływu terminu składania oferty dotyczy wyłącznie wykonawcy, nie zaś podwykonawców lub podmiotu trzeciego, a w związku z tym dokumenty, które składają podwykonawcy czy podmioty trzecie nie muszą potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Nie sposób zgodzić się z taką interpretacją. Przyjęcia stanowiska Odwołującego za prawidłowe stanowiłoby bowiem obejście zasady o obowiązku spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Obowiązek ten został w sposób jednoznaczny określony przez ustawodawcę w art. 26 ust. 2a ustawy Pzp oraz w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dalej należy wskazać, że §3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „rozporządzenie **w**

sprawie dokumentów”), ustawodawca uprawnił zamawiających do żądania od wykonawców którzy wykazują spełnienia warunków udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp poprze poleganie na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia do żądania przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 3 ust. 1 – 3, a więc również aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Pzp. W ocenie Izby również w zakresie dokumentów żądnych przez zamawiającego w stosunku do podwykonawców zastosowanie ma zasada wyrażona w art. 26 ust. 2a ustawy Pzp tj. dokumenty te winny potwierdzać brak podstaw do wykluczenia nie później niż na dzień składania ofert. W tym zakresie należy stosować wprost regulacje zawartą w art. 26 ust. 2a ustawy Pzp. Przyjęcie odmiennej interpretacji spowodowałoby, iż do realizacji zamówienia mogliby być dopuszczeni wykonawcy, którzy podlegają wykluczeniu z postępowania, co w ocenie Izby byłoby niedopuszczalne. Skoro wykonawca sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, który będzie brak udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca, to podmiot ten niejako wstępuje w miejsce wykonawcy w zakresie tej części zamówienia, która została mu powierzona do zrealizowania, a w konsekwencji również winien wykazać, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, tak jak wymagał Zamawiający w przedmiotowym sporze. W przedmiotowej sprawie, Zamawiający określił zakres żądnych dokumentów, również w stosunku do podwykonawców, korzystając z uprawnienia wynikającego z §3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Skoro Zamawiający żądał od wykonawców przedłożenia w stosunku do podwykonawcy uczestniczącego w realizacji zamówienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, to dokumenty te winny potwierdzać brak podstaw do wykluczenia nie później niż na dzień upływu terminu składania ofert. Regulacja wyrażona w art. 26 ust. 2a ustawy Pzp winna być w tym zakresie stosowana wprost.

Izba nie podziela również argumentu Odwołującego, iż wezwanie z dnia 8 grudnia do uzupełnienia dokument nie wskazywało w sposób jednoznaczny na jaki dzień dokumenty winny potwierdzać brak podstaw do wykluczenia podwykonawcy. W ocenie Izby Zamawiający w sposób precyzyjny wskazał braki w dokumentacji ofertowej Odwołującego poprzez przywołanie i zacytowanie odpowiednich zapisów SIWZ, jak również wskazał, że dokumenty te winny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu 27 listopada 2014 r. Skoro wykonawca powołał się na spełnienie warunków udziału w postępowaniu na zasoby podmiotu trzeciego, który będzie realizował część zamówienia jako podwykonawca, to, jak Izba wskazała powyżej, termin określony w treści wezwania, ma również zastosowanie do dokumentów składanych przez

podwykonawcę. W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, iż na dzień upływu terminu składania oferty Odwołujący nie posiadał odpowiednich informacji z KRK dla podwykonawcy, mimo iż

obwiązek jej złożenia wynikał w sposób jednoznaczny w postanowień SIWZ. Wyznaczony przez Zamawiającego termin do uzupełnienia dokumentów, nie może być traktowany przez Odwołującego jako czas na podjęcie działań w celu pozyskania brakującej informacji z KRK. Dokument ten powinien być w posiadaniu wykonawcy, najpóźniej w dacie upływu terminu do składania ofert, a jego pozyskanie w wyniku wezwanie Zamawiającego nie sanuje braków w treści dokumentacji ofertowej, gdyż przedłożona informacja z KRK z datą po upływie terminu składania ofert nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia nie później niż na dzień upływu terminu składania ofert. Nie można bowiem wykluczyć, że w okresie od dnia upływu terminu składania ofert tj. 27 listopada 2014 r. do dnia 5 grudnia 2014 r. mogło nastąpić zatarcie skazania za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba nie znalazła podstaw to uznania, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 25 w zw. z art. 36 ust. 6 ustawy Pzp. W ocenie Izby obowiązek złożenia aktualnej informacji z KRK dla podwykonawcy wynikał w sposób jednoznaczny z postanowień SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z §3 ust. 1 pkt 5 – 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się.

W analizowanym stanie faktycznym zamawiający poruszając się w zgodzie z obowiązującymi przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych, dokonał prawidłowego ustalenia stanu faktycznego sprawy i wyciągnął prawidłowe wnioski, które skutkowały wykluczeniem Odwołującego z postępowania. Przepisy ustawy Pzp, w powiązaniu z przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów, jasno bowiem precyzują „ważność" składanych przez wykonawców dokumentów. I tak w zakresie informacji z Krajowego Rejestru Karnego określonych przepisami art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 11 oraz art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp ustawodawca wskazuje, że zgodnie z art. 26 ust. 2a 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 art. 24 ust. 1. Jednocześnie przepis rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów zakreśla

maksymalny termin ważności takich zaświadczeń – na nie starszy (późniejszy) niż 6 miesięcy liczony wstecz od dnia składania wniosków czy ofert.

W ocenie Izby specyfika zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego nie wyklucza, bo nie może obowiązku wykonawców potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert/wniosków. Powyższa linia została już ugruntowana w orzecznictwie, na co wskazują wyroki Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO 681/14, KIO 259/14 czy KIO 835/13, czy też wyroki Sądów Okręgowych, m.in. wyrok SO w Warszawie sygn. XXIII Ga 683/13, czy też wyrok SO w Łodzi, sygn. akt X Ga 205/12, który stwierdził, iż „Jak wynika z § 2 ust. 1 pkt 6 (rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów), w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Przepis ten określa termin, od którego zaświadczenie takie może być wystawione (terminus *a quo),* nie wskazuje jednak najpóźniejszej daty, z której zaświadczenie takie może pochodzić (terminus *ad quem).* Odpowiedzi na ostatnie pytanie udziela jednak art. 26 ust. 2a Pzp, zgodnie z którym m.in. wykonawca zobowiązany jest 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 art. 24 ust. 1 PZP. Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że zaświadczenie z KRK, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 6 (rozporządzenia) może pochodzić najpóźniej z ostatniego dnia składania ofert. Pośrednio wynika to również z art. 44 PZP, skoro bowiem wraz z ofertą wykonawca winien złożyć stosowne dokumenty, to mogą

one pochodzić najpóźniej z tej daty (a *contrario* nie mogą pochodzić z daty późniejszej, albowiem w takim wypadku nie mogłyby zostać załączone do oferty). Orzecznictwo zaś
jednolicie wskazuje, że również w wypadku wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, uzupełniane przez niego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert (vide: teza z uzasadnienia wyroku KIO z 16 czerwca 2011 r. KIO 1151/11, Legalis; teza z uzasadnienia wyroku KIO z 19 sierpnia 2010 r. KIO 1694/10, Legalis; teza z uzasadnienia wyroku KIO z 14 maja 2010 r. KIO 761 /10, Legalis). W szczególności należy tu przywołać tezę, z której wynika, że również zaświadczenie wystawione po dniu składania ofert, o ile zawiera adnotację uprawnionego podmiotu, że wykonawca spełniał warunki ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na dzień składania ofert, również może być uznane za skuteczne (vide teza z uzasadnienia wyroku KIO z 15 października 2009 r. KIO/UZP 1249/09, Legalis). Izba nie podziela odosobnionego poglądu wyrażonego w orzecznictwie,

zgodnie z którym skoro w praktyce nie jest możliwe uzupełnienie braków w zakresie zaświadczeń z KRK z uwagi na bieżącą aktualizację danych w tym rejestrze, to za wystarczające należy uznać takie zaświadczenie złożone w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp, jakie jest możliwe do wydania przez KRK w oparciu o przepisy, na podstawie których rejestr ten funkcjonuje (vide teza z uzasadnienia wyroku KIO z 30 lipca 2009 r. KIO/UZP 905/09, Legalis). Przeciwko takiemu rozumowaniu przemawia przede wszystkim okoliczność, że ustawodawca, jak już wskazano, jednoznacznie przesądził, że składane przez wykonawcę dokumenty mają wskazywać na brak podstaw do jego wykluczenia z postępowania nie później niż na dzień składania ofert. Braki funkcjonalności w systemie informatycznym KRK (niemożliwość ustalenia stanu tego rejestru na określony dzień w przeszłości), swoją drogą w obecnym stanie techniki łatwe do przezwyciężenia, co wymagałoby tylko interwencji prawodawcy, nie mogą unieważniać jednoznacznych i sformalizowanych wymogów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym wskazać należy, że ustawodawca w sposób pełny i kompletny określił ważność składanych dokumentów wskazując, iż muszą one potwierdzać stan na dzień składania wniosków (ofert) i jednocześnie nie mogą być starsze niż 6 miesięcy liczone wstecz od dnia składania wniosków (ofert). Jednocześnie ustawodawca, w myśl przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dopuścił uzupełnianie brakujących dokumentów, jednakowoż nie zmieniając wcześniej ustanowionych rygorów ich ważności, tj. potwierdzenia spełnienia warunków lub potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia na dzień składania wniosków (ofert) z jednoczesnym terminem wystawienia dokumentu, nie starszym niż 6 miesięcy. W ocenie Izby, podejście prezentowane przez Odwołującego, wykładania celowościowa, prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców, co z kolei sprzeczne byłoby z art. 7 ustawy Pzp, a także prowadziłoby wprost do naruszenia art. 26 ust. 2a ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie przedłożył Zamawiającemu dokumentów w zakresie potwierdzenia nie podlegania wykluczeniu podwykonawcy z postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 ustawy Pzp, z których treści można by ustalić, iż na dzień składania ofert (27 listopada 2014 roku) członkowie zarządu spółki INT Technics Sp. z o.o. nie byli skazani za określone w tych przepisach rodzaje przestępstw. W wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 8 grudnia 2014 roku, Odwołujący przedłożył zamawiającemu zaświadczenie z KRK potwierdzające stan 5 grudnia 2014 roku. Tym samym Odwołujący nie przedłożył dokumentów potwierdzających stan karalności na dzień składania ofert, tj. na dzień 27 listopada 2014 roku. Interpretacja czyniona przez Odwołującego na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego, w ocenie Izby, może być traktowana jedynie jako

wniosek *de lege ferenda.* W myśl obowiązujących przepisów, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie sposób było uznać argumentacji Odwołującego za zasadną. Tym samym w ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z §3 ust. 1 pkt 5 – 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie dokumentów.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: ……