

WYROK
z dnia 22 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 kwietnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2014 r. przez **Odwoływającego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Qumak S.A., Young Digital Planet S.A., Kurt Huettinger GmbH&Co.KG, Bruns BV z siedzibą w Bergeijk, al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - EC1 Łódź-Miasto Kultury w Łodzi, ul. Targowa 1/3, 90-022 Łódź, przy udziale wykonawcy A+V Sp. z o.o., ul. Przestronna 48/3, 50-533 Wrocław, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwoływającego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Qumak S.A., Young Digital Planet S.A., Kurt Huettinger GmbH&Co.KG, Bruns BV z siedzibą w Bergeijk, al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa, i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwoływającego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Qumak S.A., Young Digital Planet S.A., Kurt Huettinger GmbH&Co.KG, Bruns BV z siedzibą w Bergeijk, al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

3

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

4

Uzasadnienie

Zamawiający – EC1 Łódź-Miasto Kultury w Łodzi, ul. Targowa 1/3, 90-022 Łódź, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „*Aranżacja i wykonanie ekspozycji i wyposażenia Centrum Nauki i Techniki w Łodzi, które powstaje w ramach realizacji projektu pn. "Rewitalizacja EC-1 i jej adaptacja na cele kulturalno-artystyczne" - Zadanie 2 EC-1 Zachód*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907).

Zamawiający dnia 25 marca 2014 roku przekazał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 4 kwietnia 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Qumak S.A., Young Digital Planet S.A., Kurt Huettinger GmbH & Co. KG, Bruns

BV, al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa (dalej „odwołujący” lub „konsorcjum Qumak”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust 3 w zw. z 24 ust. 1 pkt 8 i 9 Ustawy Pzp i art. 51 ust. 1 Ustawy Pzp, przez wykluczenie odwołującego z postępowania i zaniechanie zakwalifikowania odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu, mimo że odwołujący powinien zostać zakwalifikowany do dalszego udziału w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu, spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, dokonał prawidłowego uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, jak i wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z postępowania, art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy Pzp przez bezpodstawne stwierdzenie, że zło one na wezwanie zamawiającego dokumenty i oświadczenia oraz zło one wyjaśnienia nie potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu jak i brak podstaw do wykluczenia z postępowania, art. 7 ust. 1 Ustawy przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odwołującego, dopuszczenia odwołującego do złożenia oferty w postępowaniu, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania, zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Interes odwołującego we wnoszeniu środków ochrony prawnej przewidzianych w PZP przejawia się w tym, że zamawiający wykluczając odwołującego z udziału w postępowaniu, 5

pozbawił go możliwości pozyskania zamówienia, zawarcia umowy, wykonania zamówienia publicznego i osiągnięcia z jego realizacji zysku. Wniosek odwołującego wykazywał bowiem, że konsorcjum spełnia podmiotowe wymogi postawione przez zamawiającego, a zatem odwołujący powinien zostać zaproszony do złożenia oferty w postępowaniu. Wobec powyższego odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w dopuszczeniu go do złożenia wniosku, gdy zamawiający w ogłoszeniu przewidział, iż do złożenia oferty zostanie zaproszonych siedmiu wykonawców. W związku z tym w sytuacji, gdy wnioski o dopuszczenie do udziału złożyły łącznie czterech wykonawców (trzech z nich wykluczono, w tym odwołującego), w przypadku uwzględnienia odwołania, zamawiający będzie zobowiązany zaprosić odwołującego do złożenia oferty, bowiem liczba zaproszonych będzie mieściła się w maksymalnej liczbie ustanowionej przez zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy w postaci utraty zysku jaki zakładał z uzyskania zamówienia. Szkada pozostaje zatem w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego, zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Deko Bau Sp. z o.o., TRIAS AVI sp. z o.o., TRIAS S.A, NoLabel Sp. z o.o., ul. Ścinawska 1; 59-300 Lubin.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca A+V Sp. z o.o., ul. Pręstronna 48/3, 50-533 Wrocław.

Zamawiający, dnia 25 kwietnia 2014 roku (na posiedzeniu), złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz zło one w pismach uczestnika postępowania odwoławczego, procesowych, jak te podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany jest przez możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Odwołujący wskazał, i wbrew twierdzeniom zamawiającego, złożył do akt postępowania zaświadczenie z KRK, w dacie 7 stycznia 2014 roku Spółka YDP S.A. oraz podmioty nią zarządzające nie figurowały w Krajowym Rejestrze Karnym, jako osoby skazane, co wprost wynika z treści przedłożonego zaświadczenia.

Zdaniem odwołującego ustawa Pzp, ma zastosowanie do określonych, istotnych ze względu na ochronę interesu publicznego kategorii spraw. W sytuacji, gdy przyczyną objęcia danego zamówienia regulacją p.z.p. jest wartość zamówienia (przekroczenie tzw. progu unijnego), zamawiający ma obowiązek żądać od wykonawcy przedłożenia aktualnych zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego. Na dzień składania oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca (ściśle określone w art. 24 ust. 1 pkt 4-11 p.z.p. podmioty) charakteryzować musi się przymiotem niekaralności. Przedstawienie stosownych dokumentów stanowi swoistą rękojmię prawidłowości wykonania potencjalnej umowy, a przez to gwarantuje zabezpieczenie interesu publicznego.

Z uwagi na powyższe, przedkładane zamawiającemu informacje, zaświadczenie z KRK, o którym mowa w zdaniach poprzednich musi być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert. Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), określona została tylko jedna granica ważności zaświadczenia. Rozporządzenie zawiera wyraźne wskazanie, że zaświadczenie nie może pochodzić z okresu dłuższego niż 6 miesięcy. Przywołana regulacja nie wskazuje natomiast końcowej daty, do której przedmiotowe zaświadczenie, dla swej ważności w postępowaniu z zamówień publicznych, powinno zostać wystawione. Wymóg aktualności informacji wzmacnia gwarancję ochrony interesu publicznego.

Zdaniem odwołującego, przedstawił on dokument jednoznacznie potwierdzający, i na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zarówno osoby zarządzające spółką Young Digital Planet S.A., jak również sama spółka nie były karane. Tym samym, konsorcjum spełniło wszystkie wymogi w zakresie niekaralności wynikające z ustawy p.z.p. i aktach wykonawczych do ustawy. Na słuszność tego twierdzenia wpływa m.in. treść pkt 13 i 5 wniosków złożonych przez YDP S.A. do punktu informacji KRK określających zakres danych żądanych przed podmiot wnioskujący.

Odwołujący zgodził się z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 14 marca 2013 r., sygn. akt KIO 466/13, w którym wyraźnie stwierdzono, że „*data sporządzenia dokumentu nie jest okolicznością przesądzającą przy jego ocenie, niewątpliwie jednak liczy się treść dokumentu, z której musi wynikać potwierdzenie spełnienia warunku na wymagany dzień. Wymóg taki wynika jednoznacznie z art. 26 ust. 2a ustawy pzp i jest potwierdzony tak w odniesieniu do dokumentów składanych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy*”. Jest to pogląd tym bardziej słuszny, gdy nie tylko został utrzymany w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 28 sierpnia 2013 r., sygn. akt IX Ga 128/13, ale potwierdza

to nie data utrwaloną linią orzecniczą. Z

przywołanych orzeczeń wyraźnie wynika, sporządzenia dokumentu jest ważna, ale to, czy potwierdza on daną okoliczność - wymóg niekaralności na dany dzień. Takie rozumienie zawartej w p.z.p. regulacji dobitnie wynika z treści art. 26 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 26 ust. 2a p.z.p.

Wyjaśniając wszelkie wątpliwości związane z omawianym zaświadczeniem o niekaralności należało wskazać, iż jego forma graficzna, w szczególności pieczęć z umieszczoną na środku datą została wypracowana przez praktykę sądowych punktów informacyjnych. Z treści rozporządzenia regulującego materię zaświadczeń o niekaralności (zob. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 maja 2012 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze

Karnym, Dz. U. z 2012 r., poz. 518), wyraźnie wynika, że data wniosku oraz zakres zaświadczenia wynika z ządania zgłoszonego przez wnioskodawcę. W przypadku braku informacji o karalności podmiotu wnioskującego, wydanie zaświadczenia przez punkt informacyjny następuje przez opatrzenie wniosku adnotacją „NIE FIGURUJE”.

Niezależnie od powyższego po raz kolejny podnieść trzeba, że aktualność informacji z KRK - opatrzenie zaświadczenia datą późniejszą niż data składania wniosków, spełnia wszystkie cele postępowania przetargowego. Zamawiający uzyskuje bowiem gwarancję, że przedmiot przetargu będzie realizowany przez niekaralnego wykonawcę (wykonawca który dostarczył informację z KRK z datą wcześniejszą, może być po tej dacie, zaś przed rozstrzygnięciem przetargu, ukarany i może wobec niego zostać orzeczony zakaz ubiegania się o zamówienia).

Odwolujący wskazał, że z praktyki sądowej w sprawach cywilnych, jak i administracyjnych wynika, że jeżeli danemu piśmie procesowemu nie może na nadać biegu z powodu braków formalnych, to organ prowadzący postępowanie ma obowiązek wezwać wnoszącego pismo, do usunięcia tych braków w określonym terminie, i jeżeli braki te zostaną w terminie usunięte, to pismo to staje się skuteczne od daty jego złożenia w siedzibie adresata, a nie od daty usunięcia braków formalnych. Temu samemu celowi może służyć unormowanie art. 26 ust. 3 p.z.p. Inne rozumienie tej regulacji powodowałoby zaprzeczenie instytucji usunięcia braków ofert. Celem przepisu art. 26 ust. 3 p.z.p. jest umożliwienie zainteresowanemu

podmiotom usunięcia braków oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W stanie faktycznym, będącym przedmiotem niniejszego postępowania, cel przepisu art. 26 ust. 3 p.z.p. realizuje się w uznaniu informacji z KRK, dostarczonej przez odwołującego, za spełniającą kryteria ustawowe oraz te wynikające z rozporządzenia.

Uzasadnienie tego stanowiska potwierdza chociażby teza wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 r. (sygn. akt I ACa 357/10), w której to sąd stwierdził jednoznacznie, że: *"Wykładnia celowościowa przepisu art. 26 ust. 3 Pzp prowadzi do wniosku, że informacja z KRK dotycząca podmiotu zbiorowego zaświadcza o stanie faktycznym na dzień jej udzielenia, poświadcza również ten stan na wcześniejszy dzień, w którym upłynął termin do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu"*. Powyższe stanowisko znalazło także uznanie w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach (sygn. akt X Ga 2/07; X Ga 4/07), w którym to Sąd stwierdził, iż: *"Niemniej jednak zdaniem Sądu Okręgowego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający może uznać brakujące dokumenty uzupełnione później, jednak nie tylko wtedy, gdy wynika z nich, że stan, jaki potwierdzają, istniał także na dzień składania ofert tak jak ma to miejsce w przypadku dokumentów złożonych przez konsorcjum - przyp. Konsorcjum"*. *Przeciwny pogląd prowadziłby do naruszenia zasady równego traktowania wszystkich uczestników postępowania, co tym samym uniemożliwiłoby zamawiającemu ocenę spełnienia przez wszystkich wykonawców warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Celem bowiem złożenia oświadczeń i warunków jest uzyskanie przez zamawiającego niezbędnej wiedzy na temat zdolności wykonawcy do realizacji zadania objętego zamówieniem publicznym. Skoro więc z dokumentów wynika, że wykonawca posiada możliwość do wykonania zamówienia to nie ma znaczenia, że dokumenty potwierdzające ten fakt na dzień otwarcia ofert zostały wystawione po tej dacie."*

Polemizując z argumentem o możliwości zatarcia skazania między datą składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a datą wystawienia zaświadczenia z KRK odwołujący wskazał, że zaświadczenie wystawione pięć miesięcy przed upływem terminu składania ofert tak nie daje gwarancji, że w dniu składania ofert lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiot stający do przetargu nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 czy 9 p.z.p. Takie, a nie inne warunki związane z wydawaniem zaświadczeń z KRK przemawiają za adekwatnie elastycznym podejściem do kwestii wykazania przesłanki braku karalności podmiotu zbiorowego, w zakresie opisanym w art. 24 ust. 1 pkt 9 p.z.p. Podkreślenia wymaga, że przepis § 3 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia, wskazuje jedynie, że zaświadczenie z KRK powinno być wystawione nie wcześniej niż przed upływem 6 miesięcy od daty upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Nie ustanawia natomiast adnego terminu końcowego, co w świetle faktu, że ustawodawca

przewidział możliwość uzupełniania dokumentacji, powinno prowadzić do wniosku, że

zaświadczenie wystawione po tym terminie, ale zło one w terminie wskazanym przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., równie spełnia wymogi określone

katalog w przywołanym

rozporządzeniu. Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż przestępstw umiejscowiony w art. 24 p.z.p. zawiera przestępstwa, co do których zatarcie skazania w ciągu 6 miesięcy jest praktycznie niemożliwe.

Odnosząc się do odpowiedzialności osób prawnych, odwołujący podniósł, że przesłanką odpowiedzialności podmiotu zbiorowego zawsze jest uprzednia odpowiedzialność organu (piastunów organu). Wynika to z faktu, że czyn jako taki popełniają osoby fizyczne. Przestępstwo zarówno zaniechanie, jak i działanie zawsze dotyczy zachowania człowieka. Łączy się to z faktem, że sobie prawnej nie można przypisać, ani nawet zarzucić winy. Osobie prawnej nie można przypisać nastawienia do czynu, w karnistycznym tego pojęcia rozumieniu. Z uwagi na to, odpowiedzialność osób prawnych, co oczywiste, ma charakter wyłącznie majątkowy i nastawiona jest na rekompensacyjność.

Zatarcie skazania następuje do upływu 10 lat od „wykonania lub darowania albo przedawnienia wykonania kary pieniężnej, przepadku, zakazów oraz podania wyroku do publicznej wiadomości”.

Ponadto odwołujący podniósł, że otrzymał od zamawiającego wyłącznie informację o wykluczeniu oraz lakoniczną informację, iż trzech z czterech wykonawców wykluczono, a jeden spełnił warunki oznaczone w ogłoszeniu. Z dokumentów tych nie wynika okoliczność czy i w jaki sposób dokonano oceny punktowej przyznanej zarówno odwołującemu jak i innym oferentom. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 51 ust. 2 ustawy Pzp, utracił prawo do dalszego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, w oparciu o nieuzasadnione twierdzenia zamawiającego o istnieniu podstaw tego wykluczenia oraz, z uwagi na fakt, iż postępowanie zamawiającego polegające na uniemożliwieniu otrzymania choćby listy rankingowej/punktowej określającej stopień spełnienia warunków przez wykonawcę zaproszonego do złożenia oferty w istotne w ocenie odwołującego stanowi naruszenie zarówno zasady jawności jak i równego traktowania wykonawców.

W ocenie odwołującego już wykładnia językowa art. 51 ust. 1a ustawy Pzp wskazuje, iż pojęcia „wyniki oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” nie wynika zakres informacji składających się na owe „wyniki”. Przepis milczy na temat, czy informacje te winny być przekazane wszystkim wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy te także z nich ma otrzymać wyłącznie swoją indywidualną ocenę.

Za sprzeczną z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji trzeba uznać taką wykładnię przepisów, która prowadziłaby do przyjęcia, że obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności zamawiającego istnieje w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego - na etapie oceny wniosków o dopuszczenie 10

do udziału w postępowaniu - wyłącznie w stosunku do wykonawcy, który jest wykluczony z postępowania mocą czynności zamawiającego - nie dotyczy natomiast wykonawcy uznanego za wykluczonego *ex lege*. Skoro skutek w obu przypadkach jest taki sam - eliminacja wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - wykonawcy nim dotknięci winni otrzymywać taki sam zakres informacji. Wykonawca niezaproszony do złożenia oferty i w związku z tym uznany za wykluczonego winien otrzymać uzasadnienie faktyczne i prawne, analogicznie jak w wykonawca, którego zamawiający wyklucza z postępowania.

Brak zamieszczenia pełnej oceny w informacji skierowanej do odwołującego nie tylko uniemożliwia mu obronę praw w postępowaniu, ale też, preferuje wykonawców, którzy po dokonanej przez zamawiającego ocenie wniosków uzyskali liczbę punktów umożliwiającą im uzyskanie zaproszenia do złożenia oferty. Oceny tej nie zmienia okoliczność, że wykazy usług oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie zostały zastrzeżone przez wykonawców, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W takiej sytuacji zamawiający winien przekazać wymagane informacje z poszanowaniem dokonanych zastrzeżeń, przede wszystkim zaś poinformować o fakcie ich dokonania.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył przepisy i pozbawił odwołującego gwarantowanej przepisami niezbędnej wiedzy co do oceny jego wniosku, nie tylko przez przekazanie odwołującemu niepełnych informacji o wynikach oceny. Zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego z postępowania, mając na względzie przede wszystkim względy formalne, czym naruszył art. 24 ust. 1 oraz art. 51 ust. 1a ustawy Pzp.

Przystępujący A+V sp. z o.o. poparł stanowisko zamawiającego.

Zamawiający wskazał, i argumentacja odwołującego sprowadza się do twierdzenia, i zło one do akt postępowania informacja z KRK zaświadcza, i w dacie 7 stycznia 2014 roku spółka YDP S.A. oraz podmioty nią zarządzane nie figurowały w Krajowym Rejestrze Karnym jako osoby skazane.

Zamawiający podziela pogląd Krajowej Izby Odwoławczej wyrażony w wyroku z dnia 14 marca 2013 r., sygn. akt KIO 466/13 - przywołanym w przez odwołującego. Opierając się m.in. na tym wyroku zamawiający uznał, i dokumenty zło one wskutek wezwania nie potwierdzają, e w dniu 7 stycznia 2014 roku, a więc na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu, wobec Spółki Young Digital Planet S.A. oraz odpowiednio członków jej zarządu nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności za czyny zabronione pod groźbą kary. Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu powinny potwierdzać spełnienie tych warunków najpóźniej na dzień, w którym następuje upływ terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oznacza to, e wykonawca wezwany 11

do uzupełnienia dokumentów w zakresie informacji z Krajowego Rejestru Karnego może ją uzupełnić skutecznie jedynie pod warunkiem dysponowania taką informacją wydaną w okresie nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków i nie później niż w dniu upływu terminu składania wniosków. Ustawodawca bowiem w art. 25 ust. 1 pkt 1 i art. 25 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz wydanym na ich podstawie rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane określił zamknięty katalog dokumentów, za pomocą których wykonawca może spełnienie warunku oraz brak podstaw wykluczenia. Wykazać potwierdzeniem braku podstaw do wykluczenia, określonych w 24 ust. 1 pkt 4-8, pkt 10 i 11 oraz art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, jest wyłącznie aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego, a z uwagi na sposób i zakres jej wydawania, aby spełniała walor aktualności i potwierdzała brak podstaw wykluczenia musi być wystawiona przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (tak m.in. wyrok KIO z dnia 25 maja 2011 r. KIO 1031/11).

Zgodnie z dyspozycją art. 7 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (tj. Dz. U. Z 2012 r. poz. 654 z późn. zm.) każdy podmiot ma prawo uzyskania informacji, czy jego dane osobowe zgromadzone są w rejestrze. Informacja ta stanowi zaświadczenie w rozumieniu przepisów działu VII Kpa (art. 23). Szczegółowe zasady udzielania informacji z rejestru o osobie lub podmiocie są uregulowane w przepisach rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. 2003 r. Nr 198 poz. 1930 ze zm.). Zgodnie z § 11 ust. 1 i 2 ww. rozporządzenia, jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wniosek, są zgromadzone w rejestrze, informacji o osobie z rejestru udziela się na formularzu. Jeżeli natomiast dane osoby, której dotyczy zapytanie lub wniosek, nie są zgromadzone w rejestrze, zapytanie lub wniosek zwraca się podmiotowi zapytującemu lub wnioskodawcy z adnotacją „Nie Figuruje”. Adnotacja się dokonuje na dzień wydania informacji.

Z powyższego wynika, i wykonawca aby wykazać, i nie zachodzi w stosunku do tego wykonawcy podstawa do wykluczenia, powinien złożyć aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego. Ustawodawca wskazał, e dokument ten posiada walor aktualności w zakresie potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wówczas, gdy został „wydany” we wskazanym w tym przepisie terminie

Stanowisko zamawiającego w tym zakresie jest zbite nie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonej w wyroku z dnia 3 stycznia 2013 roku (KIO 2693/12): „Tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, dopuszczający możliwość uzupełniania przez wykonawców brakujących, nie zło onych w ofercie 12

dokumentów i oświadczeń jest wyjątkiem od zasady, wynikającej z art. 44 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, składania dokumentów i oświadczeń wraz z ofertą i jako wyjątek od zasady należy go stosować ściśle, nie dopuszczając interpretacji rozszerzającej. Ustawodawca przewidział zatem, i w sytuacji dokumentów lub oświadczeń zło onych w wyniku wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 zdanie drugie ustawy - Prawo

oświadczenia) mają potwierdzać zamówień publicznych,

dokumenty te (jak równie

spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez

wymagań określonych przez oferowane dostawy, usługi lub

roboty budowlane

zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Mając na uwadze

powyższe, aktualna Informacja z KRK, spełniająca wymagania określone w przepisach

ustawy - Prawo zamówień publicznych ma być wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy

przed upływem terminu składania wniosków albo ofert i jednocześnie ma potwierdzać brak

podstaw wykluczenia nie później niż na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie

do udziału w postępowaniu.”

Odnosząc się do zarzutu w zakresie oceny wniosków należało stwierdzić, iż odwołujący formułując zarzuty w odwołaniu nie wskazał, jako przepis Prawa zamówień publicznych w związku z tym zarzutem został naruszony. Nie jest też jasne dla zamawiającego jaki jest w tym zakresie zdanie wykonawcy. Z treści uzasadnienia odwołania można wysnuć wnioski, iż zdaniem odwołującego zamawiający powinien zgodnie z dyspozycją art. 51 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych dokonać oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez przyznanie określonej liczby punktów wykonawcom.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z regułami prawa i zasadami logiki nie jest konieczne sporządzanie listy rankingowej w sytuacji, gdy tylko jeden z wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został zaproszony do składania oferty. Z niejasnej w tym zakresie treści uzasadnienia odwołania można przyjąć, iż odwołujący ponadto podniósł zarzut, iż zamawiający nie zamieścił uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia wykonawcy „*czym pozbawił go niezbędnej wiedzy co do oceny jego wniosku*”. Zarzut ten nie jest zrozumiały dla zamawiającego. Zamawiający przekazał wszystkim wykonawcom pismo zawierające informacje o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wraz z podaniem podstawy prawnej wykluczenia części wykonawców. Z uwagi na to, że wykonawcy składając wnioski o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu, zastrzegli, że pewne części tych wniosków są niejawnymi, gdy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503, z późn. zm.), zamawiający szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia, przekazał każdemu z wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania, odrębnymi listami. 13

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych przekazana informacja dotycząca otrzymanej oceny spełnienia warunków nie musiała zawierać pełnego uzasadnienia. Przepis - art. 51 ust. 1a Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek podania wyniku oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i taki wynik został przez zamawiającego przedstawiony. Ustawodawca nie wymaga, jak ma to miejsce na przykład przy zawiadomieniu o odrzuceniu oferty (wykluczeniu z postępowania), podania uzasadnienia faktycznego i prawnego (art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy). Na tej podstawie Izba uznała, iż zamawiający nie naruszył zasad równego traktowania wykonawców, gdyż informacja o wynikach oceny była w takim samym zakresie udzielona każdemu z wykonawców, których wnioski były poddane ocenie punktowej. Tak też przyjął Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 grudnia 2012 r. (KIO 2781/12): „*Art. 51 ust. 1a ustawy - Prawo zamówień publicznych, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wyniku oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i taki wynik został przez Zamawiającego przedstawiony. Ustawodawca nie wymaga, jak ma to miejsce na przykład przy zawiadomieniu o odrzuceniu oferty (wykluczeniu z postępowania), podania uzasadnienia faktycznego i prawnego.*”

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne. Izba w całości popiera stanowisko zamawiającego, jak i przystępującego A+V sp. z o.o.

Wskazać bowiem należało, że 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 Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może używać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), jasno bowiem precyzują

„wa ność” 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, e zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca na ądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest na dzień składania wniosków zobowiązany wykazać

odpowiednio, nie później ni 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 określa maksymalny termin wa ności takich zaświadczeń – na nie starszy (późniejszy) ni 6 miesięcy liczony wstecz od dnia składania wniosków czy ofert. Wykładania literalna wskazanych przepisów nie dopuszcza innej interpretacji, która bezpośrednio wynika z omawianych przepisów. Tym samym wskazać nale y, e 14

ustawodawca w sposób pełny i kompletny określił wa ność składanych dokumentów wskazując, i muszą one potwierdzać stan na dzień składania wniosków (ofert) 6 miesięcy liczone wstecz od dnia składania i jednocześnie nie mogą być

starsze ni wniosków (ofert). Jednocześnie ustawodawca, w myśl przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie zmieniając wcześniej dopuścił uzupełnianie

brakujących dokumentów, jednakowo spełnienia warunków lub ustanowionych rygorów ich wa

ności, tj. potwierdzenia potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia na dzień składania wniosków (ofert) z jednoczesnym terminem wystawienia dokumentu, nie starszym ni 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 tak e prowadziłoby wprost do naruszenia art. 26 ust. 2a ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przedkładając powy sze rozwa ania na grunt przedmiotowego postępowania Izba stwierdziła, e odwołujący nie przedło ył zamawiającemu dokumentów w zakresie potwierdzenia nie podlegania wykluczeniu z postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 9 i 11 ustawy Pzp, z których treści mo na by ustalić, i na dzień składania wniosków (7 stycznia 2014 roku) odwołujący nie był skazany za określone w tych przepisach rodzaje przestępstw. Wskazać bowiem nale y, i odwołujący do wniosku załączył zaświadczenia z KRK potwierdzające stan na dzień 18 lipca 2012 roku. W wyniku wezwania zamawiającego z dnia 25 lutego 2014 roku, odwołujący przedło ył zamawiającemu zaświadczenie z KRK potwierdzające stan na dzień 3 marca 2014 roku. Tym samym odwołujący nie przedło ył dokumentów potwierdzających stan karalności na dzień składania wniosków, tj. na dzień 7 stycznia 2014 roku. Interpretacja czyniona przez odwołującego na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego, w ocenie Izby, mo e być traktowana jedynie jako wniosek *de lege ferenda*. W myśl obowiązujących przepisów, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie sposób było uznać argumentacji odwołującego za zasadną.

Izba oddaliła wniosek dowodowy zgłoszony przez odwołującego, w postaci zaświadczeń z KRK, gdy z treści tych zaświadczeń wynika stan karalności na dzień 9 stycznia 2014 roku. Tym samym pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie postępowania. Ponadto fakt podania daty sporządzenia wniosku przez odwołującego – 7 stycznia 2014 roku - pozostaje bez znaczenia dla sprawy, gdy odwołujący mógłby równie dobrze wpisać inną datę np. 31 grudnia 2013 roku. Liczy się bowiem data stwierdzenia niekaralności uwidoczniiona na pieczęci organu potwierdzającego ten stan na określony dzień.

W zakresie zarzutu odwołującego dotyczącego nieprzekazania przez zamawiającego wyników oceny pozostałych wykonawców, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego. 15

Z przepisu art. 51 ust. 1a ustawy Pzp, wynika, e zamawiający informuje o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków, wykonawców którzy zło yli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający w treści informacji z dnia 25 marca 2014 roku podał, jaki jest ostateczny wynik

oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dlatego te czynność zamawiającego uznać należało za prawidłową. W powyższym zakresie, Izba podzieliła stanowisko prezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2770/13, w którym Izba stwierdziła, że „Obowiązek informacyjny zamawiającego, o którym mowa w art. 51 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, uzależniony jest od liczby wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Jeśli liczba tych wykonawców jest mniejsza, niż wskazana w ogłoszeniu, zamawiający nie ma potrzeby, ani obowiązku dokonywać oceny spełnienia tych warunków przez przyznanie punktów wykonawcom. W konsekwencji zamawiający nie jest też zobowiązany do przekazywania informacji o wynikach takiej oceny.”.

Za bezzasadne Izba uznała również zarzuty odwołującego dotyczące naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, gdy zamawiający prawidłowo, dokonując oceny złożył wraz z wnioskiem dokumentów, wezwał odwołującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia treści złożył dokumentów, a wynik tej oceny, w ocenie Izby był prawidłowy.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o przyznanie kosztów zastępstwa procesowego, gdy zgodnie z oświadczeniem złożonym przez pełnomocnika zamawiającego na rozprawie, złożony rachunek ma charakter „zestawienia kosztów”, a zgodnie z § 3 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2013 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Jako że zamawiający nie przedłożył wymaganego przepisami rozporządzenia rachunku, Izba nie znalazła podstaw do przyznania wynagrodzenia pełnomocnikowi zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

16

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

Przewodniczący:

17