Sygn. akt: KIO 681/14

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 **Odwołującego** – 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 obcią a **Odwołującego** - 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 **Odwołującego** - 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,

---

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: ……

---

sygn. akt: KIO 681/14

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 *„Aran acja i wykonanie ekspozycji i wyposa enia 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 e 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, e 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: uniewa nienie czynności wykluczenia odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odwołującego, dopuszczenia odwołującego do zło enia 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, e zamawiający wykluczając odwołującego z udziału w postępowaniu, 5

---

pozbawił go mo liwości pozyskania zamówienia, zawarcia umowy, wykonania zamówienia publicznego i osiągnięcia z jego realizacji zysku. Wniosek odwołującego wykazywał bowiem, e konsorcjum spełnia podmiotowe wymogi postawione przez zamawiającego, a zatem odwołujący powinien zostać zaproszony do zło enia oferty w postępowaniu. Wobec powy szego odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w dopuszczeniu go do zło enia wniosku, gdy zamawiający w ogłoszeniu przewidział, i do zło enia oferty zostanie zaproszonych siedmiu wykonawców. W związku z tym w sytuacji, gdy wnioski o dopuszczenie do udziału zło yło łącznie czterech wykonawców (trzech z nich wykluczono, w tym odwołującego), w przypadku uwzględnienia odwołania, zamawiający będzie zobowiązany zaprosić odwołującego do zło enia oferty, bowiem liczba zaproszonych będzie mieściła się w maksymalnej liczbie ustanowionej przez zamawiającego. Odwołujący mo e ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy w postaci utraty zysku jaki zakładał z uzyskania zamówienia. Szkoda 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. Przestronna 48/3, 50-533 Wrocław.

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

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

Izba stwierdziła, e 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 zwa yła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, e odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany mo liwością 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 zło enia odwołania.

Odwołujący wskazał, i wbrew twierdzeniom zamawiającego, zło ył do akt postępowania zaświadczenie z KRK, e 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 przedło onego 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 ądać od wykonawcy przedło enia 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 powy sze, przedkładane zamawiającemu informacje, zaświadczenie z KRK, o którym mowa w zdaniach poprzednich musi być wystawione nie wcześniej ni 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 mo e ądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), określona została tylko jedna granica wa ności zaświadczenia. Rozporządzenie zawiera wyraźne wskazanie, e zaświadczenie nie mo e pochodzić z okresu dłu szego ni 6 miesięcy. Przywołana regulacja nie wskazuje natomiast końcowej daty, do której przedmiotowe zaświadczenie, dla swej wa ności 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 równie 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 zło onych przez YDP S.A. do punktu informacji KRK określających zakres danych ądanych przed podmiot wnioskujący.

Odwołujący zgodził się z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej wyra onym w wyroku z dnia 14 marca 2013 r., sygn. akt KIO 466/13, w którym wyraźnie stwierdzono, e *„data sporządzenia dokumentu nie jest okolicznością przesądzającą przy jego ocenie, niewątpliwie jednak liczy się treść dokumentu, z której musi wynikać potwierdzenie spełniania warunku na wymagany dzień. Wymóg taki wynika jednoznacznie z art. 26 ust. 2a ustawy pzp i jest potwierdzony tak e 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 e to nie data utrwaloną linię orzeczniczą. Z przywołanych orzeczeń wyraźnie wynika, sporządzenia dokumentu jest wa na, 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 nale y wskazać, i 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, e data wniosku oraz zakres zaświadczenia wynika z ądania zgłoszonego przez wnioskodawcę. W przypadku braku informacji o karalności podmiotu wnioskującego, wydanie zaświadczenia przez punkt informacyjny następuje przez opatrzenie wniosku adnotacją „NIE FIGURUJE".

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

Odwołujący wskazał, e z praktyki sądowej w sprawach cywilnych, jak i administracyjnych wynika, e je eli danemu pismu procesowemu nie mo na nadać biegu z powodu braków formalnych, to organ prowadzący postępowanie ma obowiązek wezwać wnoszącego pismo, do usunięcia tych braków w zakreślonym terminie, i je eli braki te zostaną w terminie usunięte, to pismo to staje się skuteczne od daty jego zło enia w siedzibie adresata, a nie od daty usunięcia braków formalnych. Temu samemu celowi ma słu yć unormowanie art. 26 ust. 3 p.z.p. Inne rozumienie tej e regulacji powodowałoby zaprzeczenie instytucji usunięcia braków ofert. Celem przepisu art. 26 ust. 3 p.z.p. jest umo liwienia zainteresowanym 8

---

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

Polemizując z argumentem o mo liwości zatarcia skazania między datą składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a datą wystawienia zaświadczenia z KRK odwołujący wskazał, e zaświadczenie wystawione pięć miesięcy przed upływem terminu składania ofert tak e nie daje gwarancji, e 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 uwarunkowania 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, e przepis § 3 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia, wskazuje jedynie, e zaświadczenie z KRK powinno być wystawione nie wcześniej ni 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, e ustawodawca 9

---

przewidział mo liwość uzupełniania dokumentacji, powinno prowadzić do wniosku, e

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. Niezale nie od powy szego nale y wskazać, i przestępstw umiejscowiony w art. 24 p.z.p. zawiera przestępstwa, co do których zatarcie skazania w ciągu 6 miesięcy jest praktycznie niemo liwe.

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

Zatarcie skazania następuje do upływie 10 latach od „wykonania lub darowania albo przedawnienia wykonania kary pienię nej, przepadku, zakazów oraz podania wyroku do publicznej wiadomości".

Ponadto odwołujący podniósł, e otrzymał od zamawiającego wyłącznie informację o wykluczeniu oraz lakoniczną informację, i 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, e 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, i postępowanie zamawiającego polegające na uniemo liwieniu otrzymania choćby listy rankingowej/punktowej określającej stopień spełnienia warunków przez wykonawcę zaproszonego do zło enia oferty w istotne w ocenie odwołującego stanowi naruszenie zarówno zasady jawności jak i równego traktowania wykonawców.

W ocenie odwołującego ju wykładnia językowa art. 51 ust. 1a ustawy Pzp wskazuje, i 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 zło yli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy te ka dy 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, e 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 zło enia 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 uniemo liwia mu obronę praw w postępowaniu, ale te , preferuje wykonawców, którzy po dokonanej przez zamawiającego ocenie wniosków uzyskali liczbę punktów umo liwiającą im uzyskanie zaproszenia do zło enia oferty. Oceny tej nie zmienia okoliczność, e wykazy usług oraz dokumenty potwierdzające ich nale yte wykonanie zostały zastrze one przez wykonawców, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W takiej sytuacji zamawiający winien przekazać wymagane informację z poszanowaniem dokonanych zastrze eń, 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 wyra ony 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 mo e ją uzupełnić skutecznie jedynie pod warunkiem dysponowania taką informacją wydaną w okresie nie wcześniej ni 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków i nie później ni 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 mo e ądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane określił zamknięty katalog dokumentów, za pomocą których wykonawca mo e 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.) ka dy podmiot ma prawo uzyskania informacji, czy jego dane osobowe zgromadzone są w rejestrze. Informacja ta stanowi zaświadczenie w rozumieniu przepisów działu Vll 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, je eli dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wniosek, są zgromadzone w rejestrze, informacji o osobie z rejestru udziela się na formularzu. Je eli 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 powy szego wynika, i wykonawca eby wykazać, i nie zachodzi w stosunku do tego wykonawcy podstawa do wykluczenia, powinien zło yć 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 zbie ne ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyra onej w wyroku z dnia 3 stycznia 2013 roku (KIO 2693/12): „Tryb *przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, dopuszczający mo liwość 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 nale y 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 ni w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Mając na uwadze powy sze, aktualna Informacja z KRK, spełniająca wymagania określone w przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych ma być wystawiona nie wcześniej ni 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków albo ofert i jednocześnie ma potwierdzać brak podstaw wykluczenia nie później ni na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.".

Odnosząc się do zarzutu w zakresie oceny wniosków nale y stwierdzić, i odwołujący formułując zarzutu w odwołaniu nie wskazał, jako przepis Prawa zamówień publicznych w związku z tym zarzutem został naruszony. Nie jest te jasne dla zamawiającego jaki jest w tym zakresie ądanie wykonawcy. Z treści uzasadnienia odwołania mo na wysnuć wniosek, i zdaniem odwołującego zamawiający powinien zgodnie z dyspozycją art. 51 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych dokonać oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez przyznanie określonej liczby punktów wykonawcom.

Zamawiający wskazał, i zgodnie z regułami prawa i zasadami logiki nie jest konieczne sporządzanie listy rankigowej w sytuacji, gdy tylko jeden z wykonawców, którzy zło yli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został zaproszony do składania oferty. Z niejasnej w tym zakresie treści uzasadnienia odwołania mo na przyjąć, i odwołujący ponadto podniósł zarzut, i 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 spełniania warunków udziału w postępowaniu, wraz z podaniem podstawy prawnej wykluczenia części wykonawców. Z uwagi na to, e wykonawcy składając wnioski o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu, zastrzegli, e pewne części tych wniosków są niejawne, 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 ka demu z wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania, odrębnymi pismami. 13

Zamawiający wskazał, i zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych przekazana informacja dotycząca otrzymanej oceny spełnienia warunków nie musiała zawierać pełnego uzasadnienia. Przepis - art. 51 ust. 1 a 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, i zamawiający nie naruszył zasad równego traktowania wykonawców, gdy informacja o wynikach oceny była w takim samym zakresie udzielona ka demu z wykonawców, których wnioski były poddane ocenie punktowej. Tak te przyjęła 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 nale y, e 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 mo e ądać 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 zakreśla 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 uwidoczniona 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 spełniania warunków udziału w postępowaniu, dlatego te czynność zamawiającego uznać nale ało za prawidłową. W powy szym zakresie, Izba podziela stanowisko prezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2770/13, w którym Izba stwierdziła, e „Obowiązek *informacyjny zamawiającego, o którym mowa w art. 51 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, uzale niony jest od liczby wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Jeśli liczba tych wykonawców jest mniejsza, ni wskazana w ogłoszeniu, zamawiający nie ma potrzeby, ani obowiązku dokonywać oceny spełniania tych warunków przez przyznanie punktów wykonawcom. W konsekwencji zamawiający nie jest te zobowiązany do przekazywania informacji o wynikach takiej oceny.".*

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

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o przyznanie kosztów zastępstwa procesowego, gdy zgodnie z oświadczeniem zło onym przez pełnomocnika zamawiającego na rozprawie, zło ony rachunek ma charakter „zestawienia kosztów", a z 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 przedło onych do akt sprawy. Jako, e zamawiający nie przedło ył wymaganego przepisami rozporządzenia rachunku, Izba nie znalazła podstaw do przyznania wynagrodzenia pełnomocnikowi zamawiającego.

Biorąc powy sze 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: ……