

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 kwietnia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 kwietnia 2016 r.** przez wykonawcę: **Towarzystwo Ubezpieczeń ZDROWIE Spółka Akcyjna, ul. Śląska 21, 81-319 Gdynia**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**, przy udziale wykonawcy: **A LMG Forsakrings AB Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, ul. Postępu 21c, 02-676 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Towarzystwo Ubezpieczeń ZDROWIE Spółka Akcyjna, ul. Śląska 21, 81-319 Gdynia,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Towarzystwo Ubezpieczeń ZDROWIE Spółka Akcyjna, ul. Śląska 21, 81-319 Gdynia**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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:

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego, ogłoszonym w Dz. Urz. UE 2015/S 248-453042 z 23.12.2015 r. na usługę „Grupowego ubezpieczenia na życie dla pracowników i ich rodzin,” w dniu 4 kwietnia 2016 r. w zakresie części 2 zamówienia (Zadania Nr 2) zostało wniesione pisemne odwołanie przez wykonawcę Towarzystwo Ubezpieczeń ZDROWIE S.A. z siedzibą w Gdyni, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia przez zamawiającego w dniu 24 marca 2016 r. drogą elektroniczną o ustaleniu wyniku przetargu, wykluczeniu odwołującego, odrzuceniu oferty odwołującego na część 2 zamówienia i wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: LMG Forsakrings AB Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej w zakresie części Nr 2.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2016 r. przesłane drogą elektroniczną, pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom, w dniu 7 kwietnia 2016 r. złożył wykonawca: LUX MED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - po stronie zamawiającego, który wnosił o oddalenie odwołania i podał, że posiada interes w utrzymaniu w mocy czynności zamawiającego. Zarzuty podniesione w odwołaniu uznał za całkowicie bezzasadne, gdyż żaden z przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych podnoszony w odwołaniu nie został naruszony, a zamawiający zasadnie wykluczył

odwołującego i uznał jego ofertę za odrzuconą. Do zgłoszenia przystąpienia podpisanego przez radcę prawnego J. K. zostało dołączone pełnomocnictwo wystawione przez członków zarządu LMG Forsakrings AB Spółka Akcyjna Oddział w Polsce uprawniające do wnoszenia środków ochrony prawnej w imieniu tej spółki w przedmiotowym postępowaniu wraz z odpisem z KRS.

Pismem z dnia 8 kwietnia 2016 r. zgłaszający przystąpienie wnosił o sprostowanie oczywistej pomyłki pisarskiej, gdyż przystępującym winna być LMG Forsakrings AB Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, a nie LUX MED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, gdyż w postępowaniu udział bierze spółka LMG Forsakrings AB Spółka Akcyjna Oddział w Polsce.

2

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę LMG Forsakrings AB Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, uznając że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane. Jako wykonawca wybrany LMG Forsakrings AB Spółka Akcyjna Oddział w Polsce posiada interes w utrzymaniu w mocy skarżonych czynności zamawiającego.

Zgłaszający przystąpienie w sposób dostateczny uzasadnił prawdopodobieństwo wystąpienia pomyłki pisarskiej przy oznaczeniu podmiotu zgłaszającego przystąpienie. Pełnomocnictwo dla radcy prawnego J. K. zostało wystawione przez osoby uprawnione do działania za LMG Forsakrings AB Spółka Akcyjna Oddział w Polsce i uprawnia do wnoszenia środków ochrony prawnej oraz reprezentowania tej spółki a nie LUX MED. Sp. z o.o. Do przystąpienia został dołączony odpis z KRS wymienionej spółki. Obie spółki tzn. LMG Forsakrings AB Spółka Akcyjna Oddział w Polsce oraz LUX MED Sp. z o.o. mają miejsce pod tym samym adresem, tj. ul. Postępu 21 c, 02-676 Warszawa oraz przynależą do tej samej grupy kapitałowej.

Odwołanie zostało wniesione wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności zamawiającego podjętych w toku postępowania, tj.: wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu PKP Polskim Liniom Kolejowym S. A. z siedzibą w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej „ustawą Pzp,” tj.:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 8 tej ustawy w związku z art. 26 ust. 3 zdanie drugie Pzp, w związku z art. 106 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku Kodeksu karny (Dz. U. numer 88, pozycja 553 ze zmianami, dalej jako k.k.) poprzez dokonanie wadliwego wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwego odrzucenia oferty odwołującego, będące konsekwencją wadliwego wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
3. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty w sytuacji wadliwego wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wadliwego odrzucenia oferty odwołującego.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Towarzystwa Ubezpieczeń ZDROWIE S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi ubezpieczeniowej

3

z zakresu grupowego ubezpieczenia na życie dla pracowników PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Polskie Koleje Państwowe S.A., PKP „Intercity” S.A. i ich rodzin oraz grupowego ubezpieczenia zdrowotnego dla pracowników PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., PKP „Intercity” S.A. i ich rodzin;

2. nakazanie unieważnienia czynności w postaci odrzucenia oferty Towarzystwa Ubezpieczeń ZDROWIE S.A. złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi ubezpieczeniowej z zakresu grupowego ubezpieczenia na życie dla pracowników PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Polskie Koleje Państwowe S.A., PKP „Intercity” S.A. i ich rodzin oraz grupowego ubezpieczenia zdrowotnego dla pracowników

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., PKP „Intercity” S.A. i ich rodzin;

3. nakazanie powtórzenia czynności zamawiającego w postaci dokonania wyboru oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi ubezpieczeniowej z zakresu grupowego ubezpieczenia na życie dla pracowników PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Polskie Koleje Państwowe S.A., PKP „Intercity” S.A. i ich rodzin oraz grupowego ubezpieczenia zdrowotnego dla pracowników PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., PKP „Intercity” S.A. i ich rodzin.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że złożył ofertę na Zadanie 2 - na świadczenie usługi ubezpieczeniowej z zakresu grupowego ubezpieczenia na życie dla pracowników PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Polskie Koleje Państwowe S.A., PKP „Intercity” S.A. i ich rodzin oraz grupowego ubezpieczenia zdrowotnego dla pracowników PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., PKP „Intercity” S.A. i ich rodzin, zatem ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego brało bowiem udział tylko dwóch wykonawców, a wykluczenie odwołującego doprowadziło do wybrania oferty drugiego uczestnika przetargu.

Odwołujący przyznał, że w dokumentach swojej oferty nie załączył wymaganej informacji z Krajowego Rejestru Karnego (dalej jako: KRK) dotyczącej jednego z dwóch członków Zarządu odwołującego - pana A. R.

Termin składania ofert, po jego przedłużeniu, został wyznaczony do dnia 15 lutego 2016 roku.

Zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów poprzez przedłożenie ww. informacji z KRK.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący przedłożył informację z KRK z dnia 23 lutego 2016 roku, z której wynika, że pan A. R. nie figuruje w KRK.

Odwołujący zapewniał, że pan A. R. nigdy nie został skazany za żadne przestępstwo.

4

W dniu 24 marca 2016 r. odwołujący został powiadomiony, że zamawiający wykluczył go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z tego powodu, że w ocenie zamawiającego nie wykazał on braku zaistnienia przesłanki wykluczenia z przedmiotowego postępowania - na dzień 15 lutego 2016 roku, czyli na dzień upływu terminu składania ofert.

Z taką czynnością zamawiającego odwołujący nie zgodził się. Zastrzegł, iż odwołującemu znana jest treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 grudnia 2014 r., sygnatura akt: KIO 2483/14, jednakże odwołujący nie aprobował argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu tego wyroku.

Za bezsporne przyjął, że uzyskując informację z KRK nie można wskazać daty stanu, który owa informacja ma odzwierciedlać. Możliwe jest zatem uzyskanie wyłącznie informacji wydanej według stanu na dzień jej wydania. Krajowa Izba Odwoławcza we wskazanym wyżej wyroku stwierdziła, iż: „uzyskanie informacji z KRK o braku karalności już po terminie składania ofert i przedłożenie jej Zamawiającemu jest niewystarczające, albowiem nie wiadomo, czy na dzień składania ofert, osoba, której dotyczy informacja nie była skazana za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt. 8 p.z.p.”. Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła bowiem, że pomiędzy dniem składania ofert, a dniem uzyskania informacji z KRK mogło nastąpić zatarcie skazania, co z kolei może skutkować tym, że na dzień składania ofert dana osoba widniała jako osoba skazana, a na dzień uzyskania informacji z KRK nie widnieje już jako osoba skazana. Powyższe rozumowanie Krajowej Izby Odwoławczej - odwołujący uznał co do zasady prawidłowe. Jednocześnie jednak zaznaczał, że rozumowanie to jest niepełne, albowiem w ogóle nie bierze pod uwagę istoty instytucji zatarcia skazania. Tymczasem zgodnie z art. 106 k.k.: Z chwilą zatarcia skazania uważa się je za niebyłe: wpis o skazaniu usuwa się z rejestru skazanych. [podkreślenie własne odwołującego]. Jak zatem wynika z powyższego, z chwilą zatarcia skazania, przyjmuje się, że do skazania takiego nigdy nie doszło.

Odwołujący argumentował, że powyższa jasna treść art. 106 k.k., znajduje potwierdzenie w licznych wypowiedziach doktryny. Tytułem przykładu, przywołał następujące wywody:

„Zatarcie skazania - zgodnie z art. 106 KK - powoduje uznanie skazania za niebyłe; a wpis o skazaniu usuwa się z rejestru. Skutkami zatarcia skazania są więc: 1) uznanie skazania za niebyłe, 2) usunięcie wpisu z rejestru skazanych. Uznanie skazania za niebyłe tworzy fikcję prawną, że skazany nie był w ogóle karany, mimo że taki fakt w rzeczywistości

miał miejsce. Uznanie skazania za niebyłe przywraca skazanemu status niekaranego: wymazany zostaje w sferze prawnej fakt skazania (M. Cieślak, *Polskie prawo karne...*, s. 484; S. Banczerz, L. Lernell, *Prawo karne*, Warszawa 1948, s. 145). Likwiduje ono następstwa skazania w zakresie ograniczenia praw skazanego, ale nie powoduje restitutio in

5

integrum. Jest ono oznaką osobistej rehabilitacji sprawcy, który zostaje ponownie zintegrowany w wykonywaniu swoich praw (servata distantia). Skazany zostaje zwolniony z ponoszenia skutków skazania, a wobec tego nie można stosować wobec niego żadnych ograniczeń, wiążących się ze skazaniem (M. Surkont, *Prawo karne...*, s. 138). [...] Uznanie skazania za niebyłe należy rozumieć jako fikcję prawną, że skazany nie był w ogóle karany: jest on niekarany w obliczu prawa (A. Gubiński, *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1974, s. 153; T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2002, s. 285). [...] W wypadku gdy skazanie uległo zatarciu nie można takiej osobie stawiać zarzutu wiążącego się z tym skazaniem. Zatrucie skazania wywołuje skutki w tych wszystkich sferach, w których określone następstwa wywoływało skazanie. Słusznie SN stwierdził, że: "Nie można się powoływać na poprzednią karalność oskarżonego, skoro uległa ona zatarciu z mocy samego prawa" (wyr. SN z 27.3.1970 r., III KR 25/70, OSN(K) 1970, Nr 10, poz. 121; uchw. połączonych Izb Karnej i Wojskowej SN z 22.12.1978 r., VII KZP 23/77, OSN 1979, Nr 1-2, poz. 1). [...] Zatrucie skazania oddziałuje zarówno na sferę publiczną, jak i prywatną (N. Kłaczyńska, [w:] Giezek, *Kodeks karny*, 2012, s. 645), niemniej osoby prywatne nie są zobowiązane do traktowania takiej osoby jako niekaranej, np. w opracowaniach historycznych (Gardocki, *Prawo karne*, 2013, s. 221; L. Wilk, [w:] Filar, *Kodeks karny*, 2014, s. 671). (Kodeks karny. Komentarz, red. prof. dr hab. Ryszard Stefański, Rok: 2016, Wydanie: 14 System Informacji Prawnej Legalis, komentarz do art. 106 k.k., podkreślenia własne). 1. Prawne skutki zatarcia skazania. Od chwili zatarcia skazanie prawnie uznaje się za niebyłe, tj. w świetle prawa osoba, której skazanie zostało zatarte, staje się osobą niekaraną, pełnoprawnym członkiem społeczeństwa. W konsekwencji z chwilą zatarcia skazania ustają wszelkie prawne skutki skazania. [...] Należy uznać za słuszny pogląd przedstawicieli doktryny, w myśl którego osoba, której skazanie uległo zatarciu z mocy prawa, może skutecznie domagać usunięcia notatek i wszelkich zapisów, które dotyczą faktu skazania, także z innych niż KRK rejestrów prowadzonych przez organy publiczne (np.: organy samorządowe) czy zakłady pracy (por. np.: A. Wąsek, [w:] O. Górniok i in., *Kodeks karny*, s. 762; G. Bogdan, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny*, s. 1270). Sąd Najwyższy w wyroku z 17.12.1976 r. (I PR 185/76, OSNCP 1977, Nr 8, poz. 139) uznał, że z chwilą zatarcia należy usunąć z akt osobowych pracownika wszelkie dane dotyczące zatartego skazania. Nie jest również dopuszczalne umieszczanie informacji o fakcie skazania, które uległo zatarciu, w wydawanej na podstawie akt osobowych pracownika opinii o pracy. Zdaniem G. Bogdana "uprawnienie sprawcy [do usunięcia danych o skazaniu, które uległo zatarciu, także z innych niż KRK rejestrów prawnych - uwaga M.B.] nie może jednak sięgać zbyt głęboko; nie może na przykład kolidować z przepisami dotyczącymi statystyki czy archiwizacji akt" (zob. G. Bogdan, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny*, s. 1270). Podawanie się byłego skazanego za osobą niekaraną. Zatrucie skazania powoduje, że sam był skazany

może podawać się za niekaranego. np. wypełniając kwestionariusze osobowe, czy składając zeznania. Jego zachowanie nie może być uznane za "wprowadzenie w błąd" (które stanowi np. znamię oszustwa stypizowanego w art. 286 § 1 KK) ani traktowane jako "zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy" (czyn zabroniony zdefiniowany w art. 233 § 1 KK) (por. G. Bogdan, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny*, s. 1270). (Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do art. 32-116, red. prof. UW dr hab. Michał Królikowski, prof. U AM dr hab. Robert Zawłocki, System Informacji Prawnej Legalis, komentarz do art. 106 k.k., [podkreślenia własne odwołującego])."

Powyższe doprowadziło odwołującego do wniosków, że nawet gdyby było tak, że pomiędzy dniem składania ofert, a dniem uzyskania informacji z KRK nastąpiłoby zatrucie skazania, to osoba której dotyczy informacja, musiałaby być traktowana jako osoba nigdy nie karana - także w dniu składania ofert. Nawet więcej, gdyby dana osoba przedłożyła razem z ofertą informację z KRK, z której wynikałoby, że jest karana za przestępstwa, o których

mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a następnie przed dokonaniem wyboru ofert, przedłożyłaby informację z KRK, z której wynika, że nie figuruje ona w tym rejestrze, to istniałby obowiązek traktowania takiej osoby jako nigdy nie karanej, a osoba ta mogłaby żądać usunięcia poprzedniej informacji przez zamawiającego.

W związku z powyższym odwołujący poczynił założenia teoretyczne, że jeżeli w postępowaniu, którego dotyczy niniejszej odwołanie przedłożono informację z KRK z dnia 23 lutego 2016 r., z której wynika, że pan A. R. jest osobą niekaraną, to nawet gdyby rozważyć, czy pomiędzy dniem 15 lutego 2016 r. a dniem 23 lutego 2016 r. doszło w stosunku do pana A. R. do zatarcia skazania - nie miałoby to żadnego znaczenia dla oceny spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Albowiem z chwilą zatarcia skazania Pan A. R. powinien być traktowany jako osoba nigdy nie karana - także na dzień 15 lutego 2016 r.

Zdaniem odwołującego, stosowanie fikcji prawnej do dokumentów potwierdzających brak przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania nie jest niczym nowym. Wszak z § 3 ust. 1 pkt. 5 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 roku, pozycja 231) wynika, iż ustawodawca przyjął fikcję prawną, że aktualna na dzień składania ofert jest informacja z KRK wydana nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Powyższa fikcja prawna obowiązuje, pomimo tego że w ciągu 6 miesięcy jest dosyć duża szansa na to, aby skazanie które wcześniej nie było prawomocne, uprawomocniło się i zostało uwidocznione w KRK. Szansa ta jest na pewno dużo większa, aniżeli szansa na to, że w ciągu kilku dni (pomiędzy terminem składania ofert, a uzyskaniem informacji z KRK

7

zmierzającej do uzupełnienia dokumentów) nastąpi wykreślenie skazania z KRK. Skoro w ocenie ustawodawcy uzasadnione jest posługiwanie się wskazaną wyżej fikcją prawną, to odwołujący uznał, że tym bardziej uzasadnione jest posługiwanie się fikcją prawną opartą o istotę zatarcia skazania, która przewiduje, że osoba wobec której nastąpiło takie zatarcie jest uważana za osobę nigdy nie karaną.

Uwzględnienie powyższych okoliczności, w tym istoty zatarcia skazania, przywiodło odwołującego do wniosku, że jeżeli wykonawca na wezwanie zamawiającego, przedłoży uzyskaną po tym wezwaniu informację a KRK, z której wynika fakt niekaralności danej osoby, to nie można przyjmować, iż wykonawca nie wykazał braku przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli bowiem nawet po terminie składania ofert doszłoby do zatarcia skazania, to osoba wobec której doszło do takiego zatarcia skazania, musi być traktowana jako osoba nigdy niekarana - czyli również w dniu składania ofert.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, do protokołu rozprawy podał, że kluczowe znaczenie dla oceny zaistniałej sytuacji ma przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który wymaga, aby wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia najpóźniej na dzień upływu terminu składania ofert. Nie kwestionował, że instytucja zatarcia skazania uprawnia osobę, która z niej skorzystała, do składania oświadczeń, że osoba ta nie była karana. Jeżeli jednak ustawa Pzp nakazuje, aby wykazanie braku podstaw do wykluczenia miało miejsce według stanu z oznaczonej daty, to nawet hipotetycznie późniejsze zatarcie skazania nie miałoby wpływu na istnienie stanu karalności w dniu składania ofert. Podkreślał, że ustawodawca ma prawo wyznaczać terminy dla zamawiającego, w których ma następować badanie przesłanek spełnienia warunków udziału w postępowaniu i przesłanek braku podstaw do wykluczenia. Zdaniem zamawiającego, przedłożenie informacji z KRK dla urzędującego członka zarządu wykonawcy ubiegającego się o zamówienie z datą późniejszą, niż upływ terminu składania ofert nie stanowi wykazania spełnienia warunków udziału i braku podstaw do wykluczenia w sposób nakazany ustawą i SIWZ, zatem zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Zamawiający, oprócz wyroku przywołanego w odwołaniu sygn. akt KIO 2483/14, powoływał się na dalsze orzecznictwo Izby w tym przedmiocie, tj. wyroki sygn. akt: KIO 413/12, KIO 95/13, KIO 681/14 oraz KIO 2698/14, gdzie Izba uznała, że złożenie informacji z KRK po upływie terminu składania ofert uprawnia zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający jednocześnie uznał, że odwołujący nie wykazał legitymacji do wniesienia odwołania i nie uzasadnił dostatecznie swojego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przystępujący popierał stanowisko zamawiającego. Podkreślał, że w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału i braku podstaw do wykluczenia - liczą się wymogi ustawowe i wymogi przedstawione w SIWZ. Uzupełniona informacja z KRS na dzień późniejszy, niż upływ terminu składania ofert nie daje możliwości weryfikacji spełnienia warunków na moment upływu terminu składania ofert. Przystępujący zaznaczał, że stanowisko Izby wyrażone w przywołanych przez zamawiającego wyrokach znajduje również potwierdzenie w wyroku SO w Warszawie XXIII Ga 683/13 z 29 maja 2013 r.

Izba dopuściła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, z protokołu postępowania, z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, korespondencji stron.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - wynika następujący stan faktyczny.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi ubezpieczeniowej z zakresu grupowego ubezpieczenia na życie dla pracowników PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Polskie Koleje Państwowe S.A., PKP „Intercity” S.A. i ich rodzin oraz grupowego ubezpieczenia zdrowotnego dla pracowników PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., PKP „Intercity” S.A. i ich rodzin.

Przedmiot zamówienia został podzielony na 2 części (Zadania).

Zadanie nr 2, którego dotyczy odwołanie obejmuje: grupowe ubezpieczenie zdrowotne dla pracowników PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., PKP „Intercity” S.A. i ich rodzin.

Sekcja III.2.1 ogłoszenia - Sytuacja podmiotowa wykonawców.

Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełnienia wymogów.

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i którzy wykażą ich spełnienie na poziomie wymaganym przez Zamawiającego zgodnie z opisem zamieszczonym w sekcji III.2.1 i III.2.3 niniejszego ogłoszenia o zamówieniu oraz niepodlegający wykluczeniu z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Punkt 4. W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania Wykonawcy, w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający żąda złożenia następujących dokumentów: (w tym)

9

pp-kt 5) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Punkt 5. Sekcji III ogłoszenia - zaznacza się, że wymagane terminy wystawienia dokumentów są terminami ich faktycznego wystawienia przez właściwe organy, a nie terminami ich poświadczenia (...), chyba że poświadczenia dokonał organ wystawiający dokument.

Tożsame postanowienia zawiera specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Wykaz wymaganych oświadczeń i dokumentów został również zawarty w rozdziale X SIWZ.

Termin składania ofert został wyznaczony do 15 lutego 2016 r.

Kryteria oceny ofert.

Cena poszczególnych pakietów - waga łącznie 95.

Liczba placówek medycznych- waga - 5.

Oferty na Zadanie 2 złożyli:

1. Odwołujący Towarzystwo Ubezpieczeń ZDROWIE S.A.
2. LMG Forsakrings AB S.A. Oddział w Polsce.

Odwołujący zaoferował niższe ceny za wszystkie trzy warianty grupowego ubezpieczenia zdrowotnego, niż wykonawca wybrany LMG Forsakrings AB S.A. Obydwaj wykonawcy zaoferowali udostępnienie 130 placówek medycznych.

Odwołujący w dokumentach swojej oferty nie załączył wymaganej informacji z Krajowego

Rejestru Karnego (KRK) o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jednego z dwóch członków Zarządu odwołującego - ujętych w przedstawionym odpisie z KRS - pana A. R. Wiceprezesa Zarządu.

Zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 19 lutego 2016 r. do uzupełnienia dokumentów poprzez przedłożenie ww. informacji z KRK w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp dla pana A. R. Wiceprezesa Zarządu oraz uzupełnienia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu według wzoru załącznika nr 2 do SIWZ. Jednocześnie zamawiający informował, że uzupełnione dokumenty powinny potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień upływu terminu składania ofert, tj. 15 lutego 2016 r.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie z dnia 24 lutego 2016 r. odwołujący przedłożył informację z KRK z dnia 23 lutego 2016 r., z której wynika, że Pan A. R. nie figuruje w

10

Kartotece Karnej KRK. Ponadto, odwołujący uzupełnił oświadczenie wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 24 marca 2016 r. powiadomił o wyborze oferty wykonawcy LMG Forsakrings AB S.A., której przyznał ocenę 95 punktów. Powiadomił również, że w niniejszym postępowaniu w zakresie Zadania nr 2 został wykluczony wykonawca Towarzystwo Ubezpieczeń ZDROWIE Spółka Akcyjna, ul. Śląska 21, 81-319 Gdynia.

Uzasadnienie prawne: Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy 4) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.”

Uzasadnienie faktyczne: Złożona na wezwanie Zamawiającego informacja z Krajowego Rejestru Karnego (KRK) dotycząca Pana A. R. - Wiceprezesa Zarządu została wystawiona dnia 23.02.2016 r., a z jej treści nie wynika fakt braku karalności Pana A. R. na dzień składania ofert, tj. 15.02.2016 r. W związku z powyższym Wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania w zakresie o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oferta złożona przez tego Wykonawcę została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.”

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ubiega się o przedmiotowe zamówienie, mógł zatem wykazywać, że czynności zamawiającego wobec jego oferty zostały przedsięwzięte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co godziło w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogło go narażać na poniesie szkody. Wbrew stanowisku zamawiającego, wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia przez odwołującego było wystarczające, skoro niekwestionowaną okolicznością było, że spośród dwóch złożonych ofert na część drugą zamówienia, oferta odwołującego była najkorzystniejsza według wyznaczonych kryteriów oceny. Gdyby zatem odwołujący nie został wykluczony, jego oferta podlegałaby wyborowi do realizacji zamówienia.

Rozstrzygając sprawę, w pierwszej kolejności należało uwzględnić regulacje prawne odnoszące się do ustalonego stanu faktycznego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: punkt 8) osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego

11

prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp upoważnia zamawiającego do żądania od

wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie 1) warunków udziału w postępowaniu (...) zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przy wartości przedmiotu zamówienia, takiej jak w niniejszym przetargu, żądanie od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest obligatoryjne z mocy art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Z kolei przepis art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, który ma charakter bezwzględnie obowiązujący, stanowi że „wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania (...) ofert spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp,” w tym dotyczących wykazania niekaralności urzędujących członków organu zarządzającego, jeżeli wykonawca stanowi osobę prawną.

Odnosne dokumenty wymienia § 3 ust. 1 pkt 5 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), który stanowi, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, w okolicznościach o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda (...) następujących dokumentów: pkt 5) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania (...) ofert.

W całkowitej zgodności z przytaczanymi wyżej przepisami, zamawiający wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, aby wraz z ofertą wykonawcy załączyli informację z KRK o niekaralności członków zarządu, jeżeli wykonawca ubiegający się o zamówienie jest osobą prawną.

12

Okoliczności bezsporne i przyznane przez odwołującego stanowiło, że nie złożył on w dokumentach oferty informacji z KRK o niekaralności dla członka Zarządu pana A. R., a na wezwanie zamawiającego, wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący uzupełnił dany dokument, ale został on wystawiony z datą 23 lutego 2016 r.

W wezwaniu z dnia 19 lutego 2016 r. zamawiający powołał się na regulację art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wymagał w sposób stanowczy, aby uzupełniony dokument potwierdzał spełnienie warunków udziału w postępowaniu - nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. na dzień 15 lutego 2016 r.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Przywołany wyżej przepis stanowi wyjątek od zasady, iż wykonawca zobowiązany jest wykazać zamawiającemu spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym złożenie wszystkich wymaganych w danym postępowaniu dokumentów, przez ich załączenie w zbiorze dokumentów składanej oferty. Zgodnie z dyspozycją ww. przepisu, złożone w ramach uzupełnienia dokumenty w swej treści powinny potwierdzać spełnianie warunku na dzień składania ofert. Przepis ten nie wymaga bezwzględnie, aby data wystawienia dokumentu nie była późniejsza niż termin składania ofert, lecz aby treść dokumentu potwierdzała, że wykonawca spełniał warunek udziału w postępowaniu najpóźniej w tym dniu. Inaczej mówiąc zaświadczała, że dany stan rzeczy istniał na wyznaczony moment.

Istnieją procedury np. odnoszące się do zaświadczeń o niezaleganiu z opłacaniem podatków - umożliwiające uzyskanie potwierdzenia stanu rozliczeń na oznaczony dzień (za okres ubiegły). Inny charakter ma natomiast informacja z Krajowego Rejestru Karnego, bowiem dokument ten zaświadcza okoliczności wynikające z treści wpisów do Rejestru według stanu na dzień, w którym informacja została wydana, a nie na jakikolwiek inny dzień.

Jednocześnie, ustawodawca nie przewidział możliwości wykazania okoliczności

stwierdzanych informacją z ww. Rejestru w jakimkolwiek inny sposób, np. przez oświadczenie własne, tak jak jest to w przypadku opisanym w art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, że jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić

13

inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie opisanego przez zamawiającego warunku.

Uzyskując informację z KRK nie można wskazać daty stanu, który owa informacja ma odzwierciedlać. Możliwe jest zatem uzyskanie wyłącznie informacji wydanej według stanu na dzień jej wydania. Izba nie podzieliła poglądów odwołującego i wnioskowania z samego faktu, że skoro w dacie 23 lutego 2016 r. - wydania informacji z KRK dotyczącej członka Zarządu pana A. R. był on osobą niekaraną - wynika z tego jakiegokolwiek domniemanie, że taki sam stan rzeczy istniał w okresie poprzedzającym - aktualnym na dzień upływu terminu składania ofert - 15 lutego 2016 r.

Nie miały przy tym znaczenia wywody odwołującego oparte na przytaczanych poglądach doktryny i orzecznictwa w odniesieniu do instytucji zatarcia skazania, gdyż pozostawały one irrelewantne dla rozpatrywanego sporu. Liczyły się ustalone w ustawie Pzp i przepisach wykonawczych procedury składania oferty i uzupełniania wymaganych dokumentów.

Nie do przyjęcia była również argumentacja odwołującego, że gdyby członek zarządu był karany według informacji z KRK na moment złożenia oferty, a następnie przed dokonaniem wyboru ofert, wykonawca przedłożyłby informację z KRK, z której wynika, że dana osoba nie figuruje w tym rejestrze, to istniałby obowiązek traktowania takiej osoby jako nigdy nie karanej, a osoba ta mogłaby żądać usunięcia poprzedniej informacji przez zamawiającego.

Podstawową zasadą procedury przetargów publicznych jest, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odbywa się w oparciu o wymagane i przedłożone przez wykonawcę dokumenty według stanu upływu terminu na złożenie ofert.

Odwołujący przyjął również nieprawidłową interpretację § 3 ust. 1 pkt. 5 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 roku, pozycja 231), odnośnie założenia „fikcji prawnej,” że aktualna na dzień składania ofert jest informacja z KRK wydana nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, pomimo tego że w ciągu 6 miesięcy jest dosyć duża szansa na to, aby skazanie które wcześniej nie było prawomocne, uprawomocniło się i zostało uwidocznione w KRK.

Przepis ten odnosi się bowiem do aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Wykonawca nie byłby więc uprawniony, aby posłużyć się tego rodzaju dokumentem, jeżeli na dzień złożenia oferty, nie obejmowałby on stanu aktualnego (straciłby swoją aktualność na skutek zaistniałych zdarzeń).

14

Regulacja ustawy Pzp w omawianym zakresie jest autonomiczna, jednoznaczna, ma charakter imperatywny. Liczy się więc wyłącznie fakt złożenia dokumentu o oznaczonej treści i w oznaczonej dacie. Odwołujący natomiast chciałby zastąpić dokument urzędowy oświadczeniem własnym o niekaralności urzędującego członka zarządu, czego ustawa Pzp nie przewiduje.

Zamawiający nie może czynić żadnych odstępstw od warunków, które podał w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, a zwłaszcza nie może odstępować od warunków, które stanowią transpozycję bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Stanowiłoby to naruszenie tych przepisów, a ponadto naruszenie zasad rządzących postępowaniem o zamówienie publiczne określonych w art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp - równego traktowania wykonawców i udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Nie można bowiem tak samo traktować wykonawcy, który wykazał brak podstaw do wykluczenia w sposób nakazany ustawą, ogłoszeniem i SIWZ - z wykonawcą, który tego nie uczynił i postulował o uznanie spełnienia warunku na zasadzie prawdopodobieństwa

zaistnienia oznaczonych faktów.

Nikt nie zarzucał odwołującemu, że urzędujący członek Zarządu pan A. R. był karany. Podstawą wykluczenia odwołującego z postępowania był art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który obliguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania jeżeli nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, i który to przepis stanowił podstawę zarzutu - niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób nakazany ustawą, ogłoszeniem i SIWZ.

Zamawiający nie był uprawniony, aby na etapie oceny ofert odstępować od warunków wyznaczonych w SIWZ i podanych w ogłoszeniu, gdyż czynności zamawiającego muszą być przewidywalne dla wykonawców, którzy zdecydowali się na udział w danym postępowaniu przetargowym, bowiem postępowanie ma być prowadzone według reguł przejrzystości. Zamawiający był zatem zobligowany badać potwierdzenie spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu, i oceniać je wyłącznie na podstawie wymaganych oświadczeń i dokumentów. Oznaczało to, że również dokumenty uzupełniane na wezwanie musiały mieć wymaganą postać. Ocena spełnienia warunków dokonywana była w systemie „spełnia- nie spełnia”. Nie spełnienie chociażby jednego z postawionych warunków udziału, musiało skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

W kwestii uzupełniania dokumentów wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości UE, orzekając odnośnie procedury uzupełniania żądanych przez zamawiających dokumentów opisujących sytuację wykonawcy (dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu). W wyroku z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 (Manova) Trybunał wskazał co następuje i orzekł: „(6) Zgodnie z art. 51 dyrektywy 2004/18 „instytucje

15

zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art.45 -50 lub o ich wyjaśnienie”.

(28) Jednym z głównych celów, jakim służą przepisy prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych jest zapewnienie swobody świadczeń usług i otwarcia na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. Osiągnięciu tego podwójnego celu służy między innymi zasada równego traktowania oferentów i kandydatów oraz wynikający z niej obowiązek przejrzystości.

(29) Zastosowanie zasady równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest więc celem samym w sobie, lecz należy je rozpatrywać w świetle rezultatów, do jakich mają doprowadzić.

(39) Instytucja zamawiająca może więc zażądać poprawienia lub uzupełnienia w szczegółach informacji przedstawionych w zgłoszeniu, pod warunkiem, że dotyczy to informacji lub danych, jak publikowane sprawozdanie finansowe, co do których można obiektywnie ustalić, że pochodzą sprzed daty upływu terminu zgłoszeń.

Z powyższych względów Trybunał (dziesiąta izba) orzeka, co następuje:

„Zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnie wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata. Żądanie takie nie może powodować nieuzasadnionego bardziej lub mniej korzystnego traktowania kandydata lub kandydatów, do których zostało skierowane.”

Mając więc na uwadze:

- obowiązujący przepis art.267 Traktatu o Unii Europejskiej, wskazujący iż „Trybunał Sprawiedliwości jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym o ważności i wykładni przepisów przyjętych przez instytucje Wspólnoty.”

- wyrok Trybunału z dnia 13 lipca 2000 r. w sprawie C-456/98 (Centrosteel), który w motywie (19) zdanie drugie wskazuje na obowiązek stosowania pro unijnej wykładni prawa: „Sąd krajowy jest zobligowany, stosując przepisy prawa krajowego, sprzed lub po wprowadzeniu Dyrektywy, aby interpretować te przepisy, na ile to tylko możliwe, w świetle wykładni Dyrektywy i tak aby stosowane były w sposób podążający za Dyrektywą.”

16

Z powyższego wynika, że prawo unijne ustanawia w ten sposób granice dla pewnych metod wykładni stosowanych w krajowym systemie prawnym, a wymaganie spójnej wykładni, która jest wiążąca dla Krajowej Izby Odwoławczej, wyklucza interpretację prawa krajowego w sposób odmienny od wykładni zgodnej z dyrektywą.

Ustawodawca od roku 2007 znacznie złagodził rygorystykę procedur przetargowych - wprowadzając możliwość uzupełniania wadliwych lub brakujących dokumentów, jednakże w zgodności z regulami określonymi w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Zasadą jest, że wszystkie wymagane w SIWZ dokumenty winny być załączone do oferty nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na zasadzie wyjątku stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Rzeczą wykonawcy jest zadbanie o to, aby na dzień złożenia oferty dysponować standardowo wymaganym dokumentem informacji z KRK o niekaralności członków organu zarządzającego. Procedura uzupełniania dokumentów nie odnosi się do pozyskiwania przez wykonawcę nowych dokumentów wymaganych w przetargu, ale do dołączenia dokumentów, które były w posiadaniu wykonawcy, ale jedynie przez przeoczenie nie zostały załączone w zbiorze oferty. Przepis ten w sposób imperatywny stanowi, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Ponownie wzywanie o uzupełnienie tych samych dokumentów w świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest dopuszczalne, a zamawiający jest zobligowany wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wykazał w wyznaczony sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu i uznać jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Stanowisko takie potwierdzają liczne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo sygn. akt: KIO 2483/14, KIO 681/14, KIO 2698/14, gdzie Izba uznała, że złożenie informacji z

17

KRK po upływie terminu składania ofert obliuguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Stanowisko Izby wyrażone w wyżej przywołanych wyrokach znajduje również potwierdzenie w wyroku SO w Warszawie XXIII Ga 683/13 z 29 maja 2013 r.

Zarzuty czynione zamawiającemu naruszenia:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 8 tej ustawy w związku z art. 26 ust. 3 zdanie drugie Pzp, w związku z art. 106 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku Kodeksu karny (Dz. U. numer 88, pozycja 553 ze zmianami, dalej jako k.k.) poprzez dokonanie wadliwego wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
 2. art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwego odrzucenia oferty odwołującego, będące konsekwencją wadliwego wykluczenia odwołującego z postępowania; chociaż prawidłową podstawę prawną winien stanowić przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - nakazujący uznanie oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania za odrzuconą, co wywiera równoważny skutek z zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 5 tej ustawy - odnoszony do postępowań dwustopniowych;
 3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty w sytuacji wadliwego wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wadliwego odrzucenia oferty odwołującego
- nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10

ustawy Pzp.

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis, stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: