

WYROK

z dnia 31 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. z siedzibą w Radomiu, Rosomak S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, Toyota Motor Poland Company Limited Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polska Grupa Zbrojeniowa S.A., Rosomak S.A., Toyota Motor Poland Company Limited Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego 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 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Zamawiający - Inspektorat Uzbrojenia - prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa Pojazdów Wojsk Aeromobilnych o wysokiej mobilności przeznaczonych do desantowania techniką spadochronową oraz Przyczep Specjalnych do Pojazdu Wojsk Aeromobilnych o wysokiej

mobilności.

W dniu 18 stycznia 2018 r. Konsorcjum: Polska Grupa Zbrojeniowa S.A., Rosomak S.A., Toyota Motor Poland Company Limited Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec czynności wykluczenia tego Konsorcjum z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie

przepisów: art. 7 ust. 1, art. 131e ust. 1 pkt 1 i ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zawarł m.in. informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla członków zarządu poszczególnych konsorcjantów, w tym informacje z KRK dla dwóch członków zarządu Toyota Motor Poland Company Limited Sp. z o.o. oraz oświadczenie Prezydenta Toyota Motor Poland Company Limited Sp. z o.o. dotyczące niekaralności członków zarządu ww. spółki nie będących obywatelami polskimi. Zamawiający w dniu 15 listopada 2017 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnień oraz do uzupełnienia dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, wskazując, że Odwołujący nie przedstawił we wniosku informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 13 i 14 ustawy Pzp w odniesieniu do prokurenta spółki Toyota Motor Poland Company Limited pana C. K., zaś oświadczenie Prezydenta ww. spółki dotyczące niekaralności członków zarządu niebędących obywatelami polskimi, nie spełnia wymogów wskazanych w ogłoszeniu. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przesłał informację z KRK z dnia 17 listopada 2017 r. o niekaralności prokurenta oraz informacje o niekaralności z Centralnego Rejestru Karnego Belgii z dnia 14 listopada 2017 r. dla członków zarządu: M. S., A. P. oraz M. H. W dniu 8 stycznia 2018 r., Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie braku podstaw do wykluczenia nie później niż na dzień składania wniosków, tj. 4 września 2017 r. Uzasadniając wykluczenie Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie przedstawił we wniosku informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 13 i 14 ustawy Pzp w odniesieniu do prokurenta spółki Toyota Motor Poland Company Limited oraz ww. członków Zarządu spółki. Zdaniem Zamawiającego, z uwagi na art. 131 e ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący przedstawiając na wezwanie Zamawiającego informacje o niekaralności ww. osób, nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania na dzień złożenia wniosku, tj. na dzień 4 września 2017 r.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z sekcją III.2.1 pkt 3 ppkt. 1 oraz pkt. 4 ogłoszenia o zamówieniu, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 131e ust. 1 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający żąda złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów o których mowa w pkt. 3 składa informacje z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp - wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że - jak więc wynika z literalnego brzmienia powyższych postanowień - dokumenty składane na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia w powyższym zakresie, winny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Termin ważności tych dokumentów został bowiem określony wstecz, licząc od terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tym samym, dokumenty te mogą także być wystawione po dniu upływu terminu do składania wniosków, jak w niniejszej sprawie, skoro została określona tylko granica dawności dokumentów. Z przedłożonych przez Odwołującego dokumentów w sposób wyraźny wynika, że w dniu upływu terminu do składania wniosków, zarówno prokurent jak i członkowie zarządu członka konsorcjum mający miejsce zamieszkania w Belgii nie byli skazani.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w treści ogłoszenia nie wskazał, że dokumenty przedkładane na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy winny być aktualne na datę złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a dopiero takie żądanie zgłosił w wezwaniu z 15 listopada 2017 r., wykraczając tym samym nie tylko poza ramy sformułowanych przez siebie w ogłoszeniu żądań, ale także poza ramy

przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów. W świetle bowiem art. 25 ust. 2 ustawy

Pzp, zamawiający nie może więc żądać niczego poza dokumentami określonymi w tym akcie, zarówno w kwestii charakteru przedkładanych dokumentów jak i ich zakresu. Jedynym wyjątkiem od tej zasady są niektóre rodzaje zamówień sektorowych, które jednak nie mają zastosowania w niniejszej sprawie. Odwołujący powołał się na § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który wskazuje, że zamawiający może żądać informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W konsekwencji, żądanie przez Zamawiającego dokumentów, których zakres nie mieści się w przywołanych wyżej przepisach należy uznać za niedopuszczalne.

Zdaniem Odwołującego nie sposób uznać, aby art. 131 e ust. 2 ustawy Pzp stanowił *lex specialis* wobec art. 25 ust. 2 i wydanych na jego podstawie przepisów wykonawczych. Wręcz przeciwnie, to przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowią *lex specialis* do ustawy Pzp, a w tym także do przepisu art. 131 e ust. 2 tego aktu. Przepis art. 25 ustawy Pzp znajduje się w Dziale II tej ustawy, zatytułowanym Postępowanie o udzielenie zamówienia. Z kolei art. 131e ustawy Pzp znajduje się w Dziale III zatytułowanym: Przepisy szczególne. Relacja pomiędzy tymi działami jest więc taka, że przepisy działu II znajdują zastosowanie do postępowań szczególnych w takim zakresie, w jakim nie zostaną przez przepisy szczególne wyłączone. Z uwagi na fakt, że art. 131 e ust. 2 ustawy Pzp nie wyłącza stosowania art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, niewątpliwie zastosowanie będą miały przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów, ze wszystkimi opisanymi wyżej konsekwencjami. Odwołujący wskazał także, że w Dziale III ustawy Pzp Rozdz. 4a - Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa brak jest jakiegokolwiek przepisu, dającego Zamawiającemu podstawę do wzywania do uzupełniania czy wyjaśniania dokumentów złożonych przez wykonawców. W konsekwencji Zamawiający chcąc skorzystać z instytucji wezwania wykonawcy do uzupełnienia winien stosować odpowiednio przepisy zawarte w dziale II Postępowanie o udzielenie zamówienia ustawy Pzp. Powyższe oznacza, iż jedyną podstawą dla Zamawiającego do wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów uzupełniających do wniosku może być art. ust. 3 ustawy Pzp. Dokonując wykładni powołanego wyżej przepisu, należy zwrócić szczególną uwagę na zakres nowelizacji art. 26 ustawy Pzp. Zgodnie z dotychczasowym brzmieniem obowiązującym do dnia 27 lipca 2016 r. przepis art. 26 ust. 3 stanowił, 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, o których mowa w art. 25 ust. 1, 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 oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Aktualnie obowiązujący przepis art. 26 ust. 3 nie zawiera już jednak regulacji o obowiązku składania dokumentów potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Należy więc uznać, że ustawodawca świadomie zrezygnował z określania sztywnego terminu aktualności uzupełniania czy poprawiania dokumentów, co w oczywisty sposób świadczy o zasadniczej zmianie podejścia ustawodawcy w zakresie wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia i odejścia od obowiązku przedkładania dokumentów aktualnych na datę składania wniosków czy ofert na korzyść dokumentów aktualnych na datę uzupełnienia w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Oznacza to więc, że dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp muszą być aktualne na dzień ich składania. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący powołał wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 785/17, w którym stwierdzono, że uzupełniane na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp dokumenty w postaci zaświadczeń z KRK mogą być aktualne na dzień ich złożenia.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający, wzywając Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedłożenia informacji z KRK, wyraźnie wskazał, że winny być to dokumenty, o których mowa w cytowanym wyżej zapisie Sekcji III.2.1 pkt 3 ppkt 1 ogłoszenia, a więc dokumenty wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków. Odwołujący, przedkładając więc informację z KRK z 17 listopada 2017 r. oraz informacje z Centralnego Rejestru Karnego Belgii z dnia 14 listopada 2017 r. zadośćuczynił w pełni wezwaniu Zamawiającego i zrobił to zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa, tj. na moment, na który następuje uzupełnienie dokumentów, po myśli art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwolujący powołał się na odpowiedź Ministra Rozwoju na interpelację w spr. DDR-III.054.40.2017.MJ, w której stwierdzono, że: „Jednocześnie regulację art. 26 ust. 1 i 2 uzupełniają przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które podają granicę ważności dokumentów wskazując, że dowodem może być dokument wystawiony m.in. nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert lub wniosków (dotyczy informacji z krajowego rejestru sądowego) lub nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub wniosków (dotyczy zaświadczenia właściwego urzędu skarbowego lub właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego). Rozporządzenie wskazuje zatem granicę okresu, w którym dany dokument powinien zostać wystawiony, aby mógł być uznany za dowód wymagany przez zamawiającego. Okres ten obejmuje czas od dnia wystawienia dokumentu nie wcześniejszego niż ww. daty do złożenia tego dokumentu na skutek wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 1 i 2 Pzp. Oznacza to, że wykonawca może przedłożyć również dokumenty wystawione po upływie terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu. (...) Za aktualny zatem należy uznać dokument potwierdzający stan faktyczny na dzień złożenia dokumentów w postępowaniu, wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub wniosków (zaświadczenie ZUS, KRUS i US) lub informację z krajowego rejestru sądowego wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert lub wniosków”.

Odwolujący podniósł, że wyrazem idei wyrażonej w znowelizowanej ustawie jest zmienione wskazane wyżej brzmienie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, treść art. 26 ust. 1, a także regulacja zawarta w art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. Oczywistym jest, że w takim przypadku złożone dokumenty winny odzwierciedlać aktualny stan, a więc winny być dokumentami aktualnymi na datę ich złożenia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Odmienne interpretacja jest niewątpliwie sprzeczna z postulatem odformalizowania procedur udzielania zamówień publicznych, co było nadrzędną ideą uchwalenia dyrektywy 2014/24/UE oraz nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. Zgodnie bowiem z dyrektywą 2014/24/UE zamawiający ma prawo badać sytuację wykonawców w każdym momencie przed podpisaniem umowy i mieć najbardziej aktualne informacje (motyw 84 oraz motyw 85 ww. dyrektywy). Ze wskazanym wyżej celem koresponduje właśnie wspomniany art. 26 ust. 2f ustawy Pzp jak i art. 24 ust. 12 ustawy Pzp pozwalający na wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, odmienne podejście Zamawiającego pozostaje w sprzeczności z brzmieniem sekcji III.2.1 pkt. 3 ppkt. 1 oraz pkt. 4 ogłoszenia o zamówieniu.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonał niewłaściwej wykładni przepisu art. 131 e ust. 2 ustawy Pzp, bez uwzględnienia wykładni art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Po pierwsze, systematyka ustawy Pzp nie uprawnia do twierdzenia, że przepis art. 131e ust. 2 ustawy Pzp wyłącza stosowanie Rozporządzenia w sprawie dokumentów\ które to rozporządzenie określa jakich i w jakim zakresie dokumentów może żądać Zamawiający. Po drugie, nie sposób także uznać, aby art. 131e ust. 2 ustawy Pzp był przepisem szczególnym wobec art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, chociażby z tego względu, że adresatami obu norm są zupełnie inne podmioty. Ponadto, przedmiot regulacji art. 131e ust. 2 ustawy Pzp obejmuje złożenie przez wykonawcę dokumentów potwierdzających określone okoliczności w odpowiedzi na „pierwotne” żądanie zamawiającego zawarte np. w ogłoszeniu o zamówieniu (analogicznie jak art. 25a ust. 1 czy art. 26 ust. 1 na gruncie przepisów działu II ustawy Pzp). Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp reguluje natomiast zasady składania zamawiającemu dokumentów w wykonaniu „wezwania do uzupełnienia braków” (dokumentów, które nie zostały złożone na „pierwotne” żądanie zamawiającego). Zakresy regulacji art. 131e ust. 2 ustawy Pzp i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp są zatem rozłączne, co wyklucza ich relację *lex specialis* - *lex generalis*. Zarówno art. 25a ust. 1 czy art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, jak i art. 131e ust. 2 ustawy Pzp, określają na jaką datę powinny być aktualne dokumenty wykazujące wskazane w tych przepisach okoliczności. Zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp powinny być one aktualne na dzień składania ofert lub wniosków, zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - aktualne na dzień złożenia, natomiast według art. 131e ust. 2 ustawy Pzp określone okoliczności należy wykazać nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert. Zdaniem Odwołującego uznać należy, że w odniesieniu do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zastosowanie znajdzie art. 131e ust. 2 ustawy Pzp, jako *lex specialis* względem art. 25a ust. 1 ustawy Pzp wyłączający zastosowanie tego ostatniego (a więc nie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

Odwołujący stwierdził, z uwagi na fakt, że przepisy szczególne dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie przewidują szczególnej regulacji w przedmiocie uzupełniania braków wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastosowanie w tym zakresie ma więc ogólny przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że podstawą do żądania przez Zamawiającego uzupełnienia dokumentów jest wyłącznie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym, jak wynika z treści powołanego przepisu i jego wykładni celowościowej, znajdującej potwierdzenie w orzecznictwie KIO (np. sygn. akt KIO 2056/17, sygn. akt KIO 1216/17) uzupełniane dokumenty winny potwierdzać stan aktualny na datę ich złożenia. W konsekwencji, w sytuacji gdy w zamówieniach prowadzonych na podstawie Rozdziału 4a - Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, Zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca zobowiązany jest do uzupełnienia dokumentów, uwzględniając ww. wykładnię, czyli do złożenia dokumentów aktualnych na datę ich uzupełnienia. Zmiana treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokonana nowelizacją z 22 czerwca 2016 r. odnosi bowiem skutek również w zakresie postępowań dotyczących zamówień obronnych. Należy więc uznać, że tak samo, jak dokumenty składane w uzupełnieniu braków (na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) dokumentacji złożonej zamawiającemu na podstawie art. 26 ust. 1 mogą nosić datę późniejszą niż wskazana w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, tak od wykonawcy uzupełniającego braki (na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) w dokumentacji złożonej na podstawie art. 131e ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie powinien oczekiwać dostarczenia oświadczenia datowanego na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przyjęcie odmiennego poglądu prowadzi do całkowicie nieuzasadnionego odmiennego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego czy zamówień sektorowych od wykonawców biorących udział w przetargu w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Jedynie bowiem wykonawcy biorący udział w postępowaniu w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa byłoby zobligowani do przedkładania w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokumentów aktualnych na dzień złożenia wniosku lub oferty. O ile oczywiście postępowania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa charakteryzują się specyficznymi odrębnościami, o tyle nie sposób pogodzić owych odrębności z celami i założeniami nowelizacji, której głównym założeniem było odformalizowanie postępowania i położenie nacisku na aktualność dokumentów w dacie wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu do przedmiotowej nowelizacji brak tego rodzaju postanowień czy nawet sugestii, wobec czego pozostawienie przy nadmiernym formalizmie przez Zamawiającego nie jest w żaden sposób usprawiedliwione. Odwołujący powołał się na orzeczenia Izby w sprawach o sygn. akt: KIO 2249/16 i KIO 2056/17. Wskazał, że taka wykładnia treści przepisów ustawy Pzp, w tym art. 131e ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, daje Zamawiającemu większą gwarancję wykonania zamówienia przez podmiot, który nie podlega wykluczeniu z postępowania czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przyjęcie odmiennego, formalistycznego podejścia, jakie zaprezentował Zamawiający, zmierzałoby do uznania, że Odwołujący wezwany do przedłożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, winien przedłożyć dokumenty wydane przed datą złożenia wniosku, a więc także przed datą otrzymania wezwania i to w sytuacji gdy w treści ogłoszenia brak było takiego wymogu. Nie sposób jest oczekiwać od nawet najbardziej racjonalnego i zapobiegliwego wykonawcy, że będzie on przetrzymywał dokumentację na wypadek wezwania go przez Zamawiającego do jej przedłożenia. Gdyby przyjąć, że wykonawca ma jednak taki obowiązek, w rzeczywistości wezwanie do uzupełnienia dokumentów na bazie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp miałoby charakter fikcyjny, w szczególności w zakresie dokumentów urzędowych, takich jak informacje o niekaralności z KRK, gdyż data ich pozyskania przez wykonawcę w związku z wezwaniem Zamawiającego miałaby zawsze datę późniejszą aniżeli data złożenia wniosku o dopuszczenie czy oferty.

Odwołujący zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 785/17 dotyczy innego trybu postępowania, stwierdził jednak, że nie zmienia to zasad wykładni, jakie winny być stosowane do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podkreślił, że składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedłożył także oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, które to oświadczenia należałoby uznać za tożsame ze wstępnymi oświadczeniami składanymi przez wykonawców w JEDZ, którzy biorą udział w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego, z procedurą odwróconą.

Niezależnie od powyższego Odwołujący oświadczył, że od momentu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, aż do dnia dzisiejszego stan faktyczny ujęty w KRK dla C. K. oraz w Centralnym Rejestrze Karnym dla M. S., A. P. oraz M. H. (czyli) nie uległ zmianie. Wskazał ponadto, że określenie wskazane w informacji z Centralnego Rejestru Karnego Belgii „a la date du 14/11/2017” oznacza „do dnia 14 listopada 2017 r.”, co potwierdza, że członkowie zarządu M. S., A. P. oraz M. H. nigdy wcześniej, tj. przed 14 listopada 2017 r., nie byli notowani w rejestrze karnym.

Odwołujący załączył do odwołania:

- informacje z Centralnego Rejestru Sądowego Belgii dla M. S., A. P. oraz M. H., wydane na podstawie art. 10 belgijskiej ustawy o życiu prywatnym z dnia 8 grudnia 1992 r., potwierdzające brak karalności członków zarządu Toyota,
- opinię prawną wraz z tłumaczeniem, dot. podstawy wydania przedmiotowych wyciągów, z której wynika, że nawet kiedy dane przestępstwo uległoby zatarciu to wydany na podstawie art. 10 wyciąg musiałby taką informację podać.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania, uznania, że Odwołujący wykazał brak podstaw do wykluczenia oraz dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym wniosku Odwołującego i zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Zeszuta Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, z uwagi na niezachowanie - określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp - 3-dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia. Ustalono bowiem, że Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 19 stycznia 2018 r. (pocztą elektroniczną oraz faksem), co oznacza, że termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął w dniu 22 stycznia 2018 r. Zgłoszenie przystąpienia w formie pisemnej wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2018 r., zatem z uchybieniem terminu. Natomiast w dniu 22 stycznia 2018 r. wykonawca przekazał zgłoszenie przystąpienia „zwykłą” pocztą elektroniczną, co nie wywołało skutków prawnych, gdyż zgodnie z art. 185 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp, zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zamówienie jest udzielane na podstawie przepisów działu III rozdz. 4a ustawy Pzp (Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa).

Zgodnie z treścią sekcji III.2.1 pkt 3 ogłoszenia o zamówieniu, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 131e ust. 1 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający żądał złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W dniu 15 listopada 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów. W wezwaniu Zamawiający wskazał m.in.: Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie załączono informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp dla pana C. K. — prokurenta w spółce Toyota (...). Zamawiający powołał się również na postanowienie sekcji III.2.1 pkt 7, zgodnie z którym wykonawca mający siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w odniesieniu do osoby mającej miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, której dotyczy dokument wskazany w pkt 3 ppkt 1 składa dokument, o którym mowa w pkt 4 ppkt 1, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp. Jeżeli w kraju, w którym miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie wydają się takich dokumentów, zastępuje się go dokumentem zawierającym oświadczenie tej osoby złożonym przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na miejsce zamieszkania tej osoby, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w

postępowaniu. Zamawiający wskazał, że do wniosku dołączone zostało oświadczenie Prezydenta Toyota Motor Poland Company Limited Company Sp. z o.o. dotyczące niekaralności członków zarządu spółki, niebędących obywatelami polskimi, które nie spełnia powyższych wymogów.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedstawił: w odniesieniu do pana C. K. - informację z Krajowego Rejestru Karnego z 17 listopada 2017 r., w odniesieniu do pana M. S., pana A. P. oraz pana M. H. - informacje z Centralnego Rejestru Karnego Belgii z 14 listopada 2017 r.

Pismem z 8 stycznia 2018 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie przedstawił we wniosku informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp, w odniesieniu do prokurenta Toyota Motor Poland Company Limited Sp. z o.o. C. K. oraz członków zarządu spółki: M. S., A. P. oraz M. H.. W związku z powyższym Zamawiający, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów oraz przypomniał, że zgodnie z art. 131e ust. 2 ustawy Pzp, złożone dokumenty powinny potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. na dzień 4 września 2017 r. Zamawiający powołał się na art. 131e ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w ust. 1. Zamawiający wskazał, że w związku z tym wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca przedstawił dokumenty, w tym informację z KRK odnoszącą się do p. C. K. aktualną na dzień 17.11.2017 r. Zamawiający, w związku z innymi prowadzonymi postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego, pozyskał informację, że wykonawca jest w posiadaniu wskazanej powyższej informacji z KRK, aktualnej na dzień 11.09.2017 r. Nie uprawnia to jednak Zamawiającego do skorzystania z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, gdyż termin składania wniosków upłynął w dniu 4 września 2017 r. W związku z powyższym

Zamawiający uznał, że wykonawca nie wykazał braku podstaw wykluczenia z postępowania na dzień złożenia wniosku, tj. na dzień 4 września 2017 r.

Jak wynika z informacji o wykluczeniu (co zostało potwierdzone przez Zamawiającego podczas rozprawy), podstawą tej czynności było niezłożenie aktualnej na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 13 i 14 ustawy Pzp w odniesieniu do prokurenta spółki Toyota Motor Poland Company Limited.

Zgodnie z art. 131 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w ust. 1. Art. 131 ust. 2a ustawy Pzp stanowi, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa: 1) przepisów ustawy dotyczących jednolitego dokumentu nie stosuje się; 2) zamawiający żąda od wykonawcy oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający zwraca do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Nie ma wątpliwości, i znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie Izby, że po wejściu w życie ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), w przypadku zamówień niepodlegających przepisom działu III rozdz. IVa ustawy Pzp (a takich właśnie zamówień dotyczą przywołane w treści odwołania wyroki Izby), dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu mogą potwierdzać stan późniejszy niż na

dzień składania ofert lub wniosków. Wynika to z faktu, że procedura przetargowa została tak zmieniona, że brak podstaw do wykluczenia wykonawcy potwierdza na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczeniem własnym zawartym w dokumencie JEDZ, a na dalszym etapie postępowania wykonawca wybrany składa dokumenty potwierdzające brak tych podstaw. Stanowią o tym przepisy art. 25a ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy, do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca: 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu; 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w i Stosownie do art. 25a ust. 2 ustawy, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu. Z kolei art. 26 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w Jeśli więc wykonawca oświadczy w JEDZ, że nie podlega wykluczeniu, a następnie zostanie wezwany na podstawie art. 26 ust. 1 do złożenia dokumentów, to wówczas dokument z KRK może być wystawiony po terminie składania ofert lub wniosków, mam być on bowiem aktualny na dzień jego złożenia. W wyroku o sygn. akt KIO 785/17 Izba analogicznie potraktowała kwestię daty dokumentów składanych na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, stwierdzając, że w konsekwencji z okoliczności, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp, w przeciwieństwie do art. 26 ust. 1 Pzp, nie wskazuje na jaki moment mają być aktualne dokumenty uzupełniające wynikać może jedynie, że skoro pierwotne dokumenty miały być aktualne na dzień ich złożenia, to w ten sam sposób należy potraktować kwestię aktualności uzupełnianych dokumentów i przyjmować, że także one mają być aktualne na dzień ich złożenia. Wskazane stanowisko Izby jest więc konsekwencją wprowadzonego do ustawy sposobu wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, przyjętego w zamówieniach niepodlegających przepisom działu III rozdz. IVa ustawy Pzp.

Odmienna sytuacja ma miejsce w przypadku zamówień obronnych, których nie dotyczą wskazane wyżej zmiany w procedurze. W postępowaniach tych dokumenty dotyczące braku podstaw do wykluczenia muszą wykazywać stan nie późniejszy niż na dzień składania ofert lub wniosków (art. 131e ust. 2) i nie stosuje się przepisów ustawy o jednolitym dokumencie (art. 131e ust. 2a).

W przypadku zamówień obronnych obowiązujący obecnie stan prawny odpowiada zatem zasadom, jakie obowiązywały w odniesieniu do wszystkich zamówień przed nowelizacją z 2016 r. Pod rządami tamtych przepisów w orzecznictwie Izby ugruntowane było stanowisko, że składane dokumenty mogą być wystawione z datą późniejszą, muszą jednak potwierdzać stan istniejący na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W przypadku polskiego zaświadczenia o niekaralności (informacji z Krajowego Rejestru Karnego) data ta nie mogła być jednak późniejsza, z uwagi na fakt, że zaświadczenie to zawsze potwierdza stan na dzień jego wystawienia, nie obejmuje natomiast zdarzeń historycznych, takich jak zatarcie skazania. Z zaświadczenia wydanego w danym dniu nie wynika, że osoba nie figurowała w rejestrze na określony dzień przypadający przed wystawieniem tego zaświadczenia.

W związku z tym, że zmiana procedury w zakresie dokumentowania braku podstaw do wykluczenia nie odnosi się do zamówień obronnych, w przypadku tych zamówień również po nowelizacji dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia muszą potwierdzać stan na dzień składania ofert lub wniosków.

Odmienne stanowisko nie można wywodzić - jak to zrobił Odwołujący - ze znówelizowanej treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie ma wątpliwości, że jest to przepis obowiązujący także w przypadku zamówień obronnych i został on zastosowany w niniejszej sprawie przez Zamawiającego jako podstawa wezwania. Nie wynika z niego jednak, że dokumenty składane w postępowaniach obronnych mogą potwierdzać stan późniejszy niż na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zmiana art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, polegająca na wykreśleniu zdania, że złożone na wezwanie dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków nie później niż na dzień składania ofert, wynika z faktu zmiany w zakresie niepodlegających przepisom działu III rozdz. IVa ustawy Pzp. Wykreślenie tego zdania powoduje, że art. 26 ust. 3 nie stoi w sprzeczności z przepisami regulującymi sposób wykazywania warunków i braku podstaw do wykluczenia w przypadku tych zamówień. Jednocześnie stosowanie tego przepisu do zamówień

obronnych musi uwzględniać przepis art. 131e ust. 2 ustawy Pzp, a stanowiący wprost, że wykonawcy muszą potwierdzić brak podstaw do wykluczenia już na dzień składania ofert lub wniosków. Innymi słowy, przepis art. 26 ust. 3 po nowelizacji nie reguluje kwestii daty, na jaką złożone dokumenty mają potwierdzać określone okoliczności, a datę tę w odniesieniu do zamówień obronnych określa art. 131e ust. 2 ustawy Pzp. W związku z tym nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Odwołującego, że wobec brzmienia postanowienia sekcji III.2.1 pkt 3 ogłoszenia o zamówieniu, złożenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionej po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu było prawidłowe, gdyż określona została tylko granica dawności dokumentu.

Wskazać bowiem należy, że kwestię aktualności dokumentów regulują wprost przepisy ustawy, a interpretacja prezentowana przez Odwołującego jest sprzeczna z brzmieniem art. 131e ust. 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że złożenie zaświadczenia o niekaralności prokurenta jednego z członków konsorcjum, wystawionego po upływie terminu składania wniosków, nie potwierdza brak podstaw do wykluczenia w dacie określonej przepisami dotyczącymi zamówień obronnych. W związku z tym czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania była zasadna.

W związku z niestwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1

z późn. zm.).

Przewodniczący: