

Sygn. akt: KIO 2194/12

**WYROK**

**z dnia 24 października 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Paweł Trojan**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **ML System Spółka z o.o., ul. Warszawska 50D, 35-230 Rzeszów** oraz **GEO-KAT Spółka z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 145/149, 01-424 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gmina Miasta Rzeszów, ul. Rynek 1, 35-064 Rzeszów** w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Rzeszowski Inteligentny System Transportowy” (znak ZP.271.177.2011)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **SIEMENS Spółka z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** oraz **SIEMENS AG, Wittelsbacherplatz 2, D-80333 Monachium, Niemcy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **ML System Spółka z o.o., ul. Warszawska 50D, 35-230 Rzeszów** oraz **GEO-KAT Spółka z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 145/149, 01-424 Warszawa** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **ML System Spółka z o.o., ul. Warszawska 50D, 35-230 Rzeszów** oraz **GEO-KAT Spółka z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 145/149, 01-424 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **ML System Spółka z o.o., ul. Warszawska 50D, 35-230 Rzeszów** oraz **GEO-KAT Spółka z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 145/149, 01-424 Warszawa** na rzecz Zamawiającego – **Gmina Miasta Rzeszów, ul. Rynek 1, 35-064 Rzeszów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu reprezentacji przed Krajową Izbą Odwoławczą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

**Przewodniczący:**

.....

## **U z a s a d n i e**

### **do wyroku z dnia 24 października 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2194/12**

Zamawiający – Gmina Miasta Rzeszów, ul. Rynek 1, 35-064 Rzeszów prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rzeszowski Inteligentny System Transportowy” (znak ZP.271.177.2011).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 29.12.2011 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;

W dniu 04.01.2012 r. ogłoszenia zostało opublikowania w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 1-001324.

W dniu **02.10.2012 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10.10.2012 r.** od niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego, a polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4.

Powyższym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- a) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców.
- b) art. 24 ust. 2 pkt ustawy 4 Pzp poprzez błędne jego zastosowanie, tj. uznanie, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i to w sytuacji kiedy bezspornym jest, iż ocena przedstawionych przez Odwołującego informacji z KRK jednoznacznie potwierdza, że dwaj - kwestionowani przez Zamawiającego - Członkowie Zarządu nie zostali prawomocnie skazani za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, a w stosunku do podmiotu zbiorowego nie wystąpiła sytuacja określona w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

c) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione uznanie, iż określone w przepisie tym sformułowanie „nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu” de facto oznacza konieczność przedstawienia wyłącznie zaświadczenia wystawionego przed terminem składania.

W odwołaniu zostało wskazane, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Odwołujący, posiadając interes w uzyskaniu zamówienia, może ponieść szkodę. W przypadku prawidłowo dokonanej czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu Odwołujący zostałby bowiem zaproszony do składania ofert. Powyższe czyni więc zadość wymaganiom do wniesienia odwołania, określonym w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że powziął wiadomość o wykluczeniu go z postępowania 2 października br., z treści pisma o numerze ZP.271.177.2011. Niniejsze odwołanie wnoszone jest w dniu 9 października br., co oznacza, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz przeprowadzenia ponownej czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż pismem, doręczonym dnia 2 października br. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego pn. „Rzeszowski Inteligentny System Transportowy”, wykluczył go z postępowania z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, uzasadniając swą decyzję tym, że „mimo wezwania nie dołączył informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla dwóch członków zarządu i podmiotu zbiorowego”.

W opinii Odwołującego rozstrzygnięcie te zostało wydane bez gruntownej analizy zaistniałej sytuacji z pominięciem stanu faktycznego jak i prawnego sprawy. Wykonawca bowiem na wezwanie Zamawiającego w dniu 24 sierpnia br. złożył siedem dokumentów i oświadczeń - w tym informacje z KRK - potwierdzających, iż również na dzień składania wniosków spełniał warunki braku podstaw do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 9 ustawy Pzp, co zdaniem Odwołującego ewidentnie przeczy tezie, że „mimo wezwania nie dołączył informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla dwóch członków zarządu i podmiotu zbiorowego”.

Jak wskazał Odwołujący, co ważne w uzasadnieniu wykluczenia, Zamawiający jedynie stwierdził, że „złożone na wezwanie dokumenty nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na dzień, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (...)” oraz przywołał stanowisko wyrażone w dwóch wyrokach KIO mające potwierdzać jego tezę, co trudno uznać za wystarczające w świetle przepisu art. 24 ust. 3 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego obowiązek zawiadomienia wynikający z powyższego przepisu, ma przecież stanowić jeden z instrumentów realizacji zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy PZP, a tym samym nie może ograniczać się jedynie do lakonicznego stwierdzenia „dokumenty nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na dzień, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający ma bowiem obowiązek precyzyjnie określić na czym opiera swoje stanowisko i dlaczego pomimo jednoznacznego brzmienia przepisów Kodeksu Karnego w kontekście zatarcia skazania (art. 107 § 5 i 76 § 1 przywołanych zresztą przez Odwołującego w piśmie przewodnim do uzupełnionych w dniu 24 sierpnia br. oświadczeń i dokumentów) uznał, że wystąpiła przesłanka o której mowa w art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy PZP. Przedstawione przez Zamawiającego „uzasadnienie wykluczenia” pozbawia więc Odwołującego możliwości rzetelnej oceny legalności podjętej przez niego decyzji, a ponadto stwarza sytuację niepewności i utrudnia korzystanie ze środków ochrony prawnej. Tym bardziej, że przywołane dwa wyroki KIO wiążą tylko w tamtych konkretnych sprawach (o ile nie wniesiono od nich środka odwoławczego), a co najważniejsze dotyczą innych okoliczności faktycznych, tj. takich gdzie istniała przynajmniej iluzoryczna szansa, że Wykonawca mógł figurować w KRK za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy PZP w dniu składania ofert lub wniosków.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż fakt złożenia przez niego w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP dwóch informacji z KRK dotyczących każdej osoby i podmiotu (tj. wystawionych 7 listopada 2011 roku i 23 maja 2012 roku) nie wypełnia przesłanki wykluczenia wykonawcy ze względu na „nie wykazanie spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu”. Odwołujący wykazał bowiem, co w okolicznościach powyższej sprawy nie kwestionuje nawet sam Zamawiający, iż Pan D..... R..... C..... i Pani E..... S..... (Członkowie Zarządu) oraz ML SYSTEM Sp. Jawna E. S..... D. C..... (Podmiot zbiorowy) nie figurowali na dzień składania wniosków w KRK za przestępstwa o których mowa w przepisach art. 24 ustawy PZP. Nasze Konsorcjum stoi więc na stanowisku - a okoliczności niniejszego postępowania tylko go w tym zdaniu utwierdzają - iż decyzja Zamawiającego o wykluczeniu nas z postępowania została podjęta (pomimo przywołania aktualnego w treści art 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP) w oparciu o stan prawny obowiązujący sprzed nowelizacji ustawy PZP, kiedy to samo nie złożenie żądanego

dokumentu bądź oświadczenia - przyjmując hipotetycznie, że przedstawione przez Odwołującego zaświadczenia z KRK nie spełniają wymogów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - było wystarczające do wykluczenia wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego wówczas jednak, w przeciwieństwie do obecnie obowiązujących przepisów, Prawodawca *expressis verbis* wymienił jako przesłankę wykluczenia z postępowania nie złożenie dokumentów lub oświadczeń. W obecnym stanie prawnym natomiast możliwość wykluczenia występuje jedynie w przypadku „nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu” co nie jest równoznaczne z „nie złożeniem żądanego oświadczenia lub dokumentu”. W ocenie Odwołującego zmiana ta oznacza więc możliwość wykazania spełnienia warunków przez Wykonawców, nawet w przypadku nie złożenia żądanych dokumentów, bądź oświadczeń jeżeli jednocześnie udowodnili oni spełnienie warunków udziału w postępowaniu za pomocą innych wiarygodnych dokumentów - co miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

Tym bardziej, że literalne brzmienie ww. przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wskazuje, iż tylko i wyłącznie „nie wykazanie spełnienia warunku” może skutkować wykluczeniem Wykonawcy z postępowania. Oznacza to więc, zdaniem Odwołującego, że wykazanie spełnienia warunku braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-9 ustawy Pzp tyle, że za pomocą dwóch zaświadczeń z KRK oraz oświadczenia, a nie tylko jednego dokumentu nie może w postępowaniach wszczętych po 22 grudnia 2009 roku skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Zważywszy, że Pan D..... R..... C..... i Pani E..... S..... (Członkowie Zarządu) oraz ML SYSTEM Sp. Jawna E. S....., D. C..... (Podmiot zbiorowy) nie figurowali na dzień składania wniosków w KRK, czego dowodem są uzupełnione oświadczenia i dokumenty oraz brzmienie przepisów Kodeksu Karnego w kontekście zatarcia skazania, należy uznać, iż cel jakim była ochrona interesów zamawiającego, polegająca na zagwarantowaniu by pozytywną ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu uzyskał jedynie podmiot nie podlegający wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-9 został osiągnięty. Tym samym wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo faktycznego spełnienia warunku braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz co najważniejsze również wykazania tego faktu uzupełnionymi dokumentami i oświadczeniami było, w ocenie Odwołującego, bezpodstawne. Jak wskazano w uzasadnieniu odwołania - tym bardziej, że Ustawodawca nie przewidział - w przeciwieństwie do stanu prawnego sprzed 22 grudnia 2009 roku - w przepisie art. 24 ust. 2 ustawy PZP konsekwencji dla wykonawców, którzy wykazali spełnienie warunków w sposób inny niż określony w ogłoszeniu.

Abstrahując od powyższego Odwołujący wskazał również, iż w przetargu ograniczonym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny oświadczeń i dokumentów złożonych wraz z wnioskiem oraz uzupełnianych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP biorąc pod uwagę również wyjaśnienia (jeżeli były żądane) w trybie art. 26 ust. 4 ustawy PZP. Nie przedstawienie zatem wraz z wnioskiem przez Wykonawcę informacji z KRK (bądź przedstawienie ale z błędem) niesie więc obowiązek wezwania go przez Zamawiającego do ponownego złożenia brakującego/błędneho dokumentu, co nigdy nie może być czynnością pozorną. Niestety zgodnie z obowiązującym prawem - tj. przepisami wykonawczymi do ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (D. U. z 2008 Nr 50 poz. 292 ze zm.) - informacja z KRK może zawierać dane o osobie lub podmiocie widniejące w tym Rejestrze jedynie w dniu wydania informacji. Oznacza to, że wykonawca który na dzień składania wniosków dysponował jedynie informacją z KRK wystawioną wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania wniosku, nie ma możliwości uzyskania w rejestrze informacji w odniesieniu do wcześniejszego niż dzień jej wydania okresu. Tym samym, w ocenie Odwołującego, oczekiwanie od niego, iż w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - które przecież musi stwarzać realną szansę na naprawę wcześniejszego uchybienia - złoży dokument wystawiony przed terminem składania wniosków bądź odnoszący się w swojej treści do takiego terminu jest bezprzedmiotowe. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, należy więc uznać, iż sytuacja kiedy wykonawca przedstawia informację wystawioną po terminie składania wniosków, która to informacja bezspornie była aktualna również w dniu składania wniosku jest dopuszczalna i wystarczająca do wykazania braków podstaw do wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Za uznaniem bowiem takiego dokumentu jako uzupełnionego prawidłowo przemawiają, w ocenie Odwołującego, również następujące argumenty:

1. Celem zmian dokonanych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynikających z nowelizacji ustawy Pzp było tylko „przesunięcie” momentu na który to wykonawca winien spełniać warunki określone w SIWZ - z terminu określonego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów na dzień, w którym upłynął termin składania ofert. W ten sposób, po nowelizacji, nie jest dopuszczalna sytuacja, w której wykonawca nie spełniając warunków składa ofertę i „załatwia” sobie ich spełnianie dopiero po upływie terminu składania ofert, np. ubezpiecza się od OC w zakresie prowadzonej działalności dopiero po otwarciu ofert.

2. Wiedzę o braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 9 ustawy PZP Zamawiający uzyskuje również na podstawie oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia (art. 24 ust. 1 ustawy PZP w zw z § 2.1.1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów...), które w przedmiotowej sprawie było przecież również żądane. Oświadczenie to natomiast bez żadnych wątpliwości potwierdza, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 czy 9 ustawy PZP nie później niż na

dzień, w którym upłynął termin składania wniosków. Nie branie go przez Zamawiającego pod uwagę, zdaniem Odwołującego, musiałyby więc być zinterpretowane jako naruszenie art. 25 ustawy Pzp, gdyż byłoby to oświadczenie zbędne do przeprowadzenia postępowania.

3. Zgodnie z treścią rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 9 ustawy PZP wystawione winny być nie wcześniej niż 6 m-cy przed terminem składania wniosków. Należy zatem przyjąć, iż dla celów oceny spełniania warunków podmiotowych aktualność danych zawartych w informacji z KRK przepisy określają na 6 m-cy. Informacja z KRK potwierdzająca brak figurowania w rejestrze na 23 maja (gdy termin składania wniosków upłynął 8 maja) obejmuje zatem swoją „aktualnością” okres ostatnich 6 miesięcy, a więc i datę w której upłynął termin składania wniosków.

4. W ocenie Odwołującego skoro ustawodawca zakłada obowiązek wezwania do uzupełnienia braków wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym przeterminowanego KRK, to - wobec faktu, że zaświadczenie dokumentuje stan faktyczny na dzień jego wydania - należy przyjąć, że jego złożenie na skutek wezwania zamawiającego po dniu, w którym upłynął termin do składania wniosków stanowi prawidłowe uzupełnienie dokumentu. Ponadto, nie jest możliwe uzyskanie zaświadczenia o niekaralności z KRK z datą wsteczną przed dniem złożenia wniosku - punkty informacyjne KRK wydają informacje aktualne na dzień złożenia wniosku. „Skądinąd, skoro z wydanego w niniejszej sprawie zaświadczenia wynika, że wykonawca i osoby nie figurowały w KRK na dzień 23 maja 2012 r., to tym bardziej nie mogły figurować w niej na dzień 8 maja 2012 r.” (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20.05.2010 r., I ACa 357/10).

Potwierdzeniem takiego stanowiska jest również fakt, że wykonawca przedstawił wraz z wnioskiem informację z KRK potwierdzającą nie figurowanie w rejestrze 7 listopada 2011 roku co oznacza, że gdyby doszło do jego skazania po tym terminie ale jeszcze przed terminem składania wniosków - co musiałyby skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 9 ustawy PZP - to informacja taka wynikałaby z uzupełnionego w wyniku wezwania dokumentu z 23 maja 2012 roku. Trzeba bowiem pamiętać, że odpowiednie przepisy ustawy - kodeks karny - stanowią, że najkrótszymi terminami powodującym zatarcie skazania są: 1 rok od wydania prawomocnego orzeczenia, w przypadku odstąpienia od wymierzenia kary (art. 107. § 5 kodeksu karnego) oraz 6 miesięcy od zakończenia okresu próby, w przypadku orzeczenia zawieszającego wykonanie kary (art. 76 § 1 kodeksu karnego), co w sytuacji niespełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków uniemożliwiłoby Odwołującemu przedstawienie informacji z KRK z dnia 23 maja o treści “nie figuruje”.

5. Nieuznanie złożonych przez Odwołującego dokumentów jako wystarczających do wykazania braku podstaw do wykluczenia w postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8

ustawy PZP stanowiłoby również o nierównym traktowania wykonawców, a więc złamaniem zasady określonej w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy PZP. W sytuacji bowiem analogicznej do przedmiotowej - tj. złożenia wraz z wnioskiem dokumentu wystawionego 7 listopada 2011 roku, tyle że przez jeden z sześciu zagranicznych Wykonawców zaproszonych przez Zamawiającego do składania ofert, Wykonawca miałby realną szansę na jego uzupełnienie i to pomimo braku dysponowania nim w terminie składania wniosków. Wykonawca taki mógłby przecież złożyć oświadczenie po terminie składania wniosków przed notariuszem, mówiące że odpowiednio wcześniej nie został on skazany za przestępstwa o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy PZP, a Zamawiający zobligowany byłby je uznać za wystarczające.

W ocenie Odwołującego potwierdzeniem powyższego może być wyrok KIO z dnia 9 listopada 2010 roku (sygn. akt: KIO 2351/10) gdzie czytamy: „Izba wskazuje, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, będący podstawą czynności zamawiającego, polegającej na wezwaniu przystępującego do uzupełnienia dokumentów, wprost w zdaniu ostatnim stanowi, iż „Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania (...) ofert”, co oznacza, że istotnym z punktu widzenia oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowania jest wyłącznie to, czy warunek był spełniony w dniu, w którym upływał termin składania ofert, niezależnie od tego jaką datę nosi dokument fakt spełniania warunku potwierdzający. Odnośnie warunku, aby wykonawca nie podlegał wykluczeniu z przyczyn, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przystępujący przedłożył oświadczenie wraz z tłumaczeniem z języka litewskiego na język polski z dnia 20 października 2010 r., które złożył przed notariuszem w mieście Siauliai Nijole Masiliuniene, z którego wynika, iż w dniu 28 września 2010 r., tj. w dniu, w którym upłynął termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu składający oświadczenie pan J..... A nie został skazany za wskazane w oświadczeniu przestępstwa. Podstawą takiego wniosku, jest zdanie zawarte w oświadczeniu w brzmieniu: "(...) oświadczam, że w okresie 6 miesięcy do dnia 28-09-2010 w stosunku do mnie nie było podjęte zastosowane orzeczenie sądu (...)". Odnośnie warunku udziału w postępowaniu, aby wykonawca nie podlegał wykluczeniu z przyczyn, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp przystępujący przedłożył oświadczenie wraz z tłumaczeniem z języka litewskiego na język polski z dnia 20 października 2010 r. przed notariuszem w mieście Siauliai Nijole Masiliuniene, z którego wynika, iż w dniu 28 września 2010 r., tj. w dniu, w którym upłynął termin składania ofert sąd nie orzekł w stosunku do podmiotu, w imieniu którego działa pan J..... A - Dyrektor Generalny zakazu ubiegania się o zamówienia. Podstawą takiego wniosku, jest zdanie zawarte w oświadczeniu w brzmieniu: „(...) oświadczam, że w okresie 6 miesięcy do dnia 28-09-2010 w stosunku do UAB "Siauliu plentas" ul. Isradeju 11, LT-78149, Siauliai, sąd kierując się aktami prawnymi o odpowiedzialności za zabronione oraz karalne

czynny, nie wydał zakazu uczestniczenia w publicznych zakupach (...)" Skoro dzień 28 września 2010 r. został objęty oświadczeniem, a jest to dzień w którym upłynął termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, to uznać należy, że przystępujący w wyniku wezwania zamawiającego wykazał zgodnie z wymogiem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp brak istnienia podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp w takim samym terminie jak zobowiązani byli to uczynić wszyscy wykonawcy uczestniczący w tym postępowaniu".

Odwołujący na zakończenie wskazał, iż w świetle przedstawionych powyżej faktów żądania zawarte w niniejszym odwołaniu należy uznać za uzasadnione i w pełni zasługujące na uwzględnienie. W związku z powyższym wniósł jak na wstępie.

Na rozprawie Strony, jak również Przystępujący podtrzymały swoje stanowiska.

W dniu 24.01.2012 r. Zamawiający na etapie rozprawy przedłożył pismo zawierające odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o oddalenia odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. W uzasadnieniu wskazał m.in., iż nie może budzić wątpliwości, iż informacja z KRK wystawione po upływie terminu składania wniosków i potwierdzająca iż dana osoba na dzień wystawienia informacji nie była karana nie jest dokumentem potwierdzającym spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków. Podniósł, iż tezy Odwołującego, jakoby z dwóch wystawionych w kilkumiesięcznych okresach czasu informacji z KRK potwierdzających iż na dzień wystawienia osoba nie była karana wynika iż w tzw. „międzyczasie” ta osoba również nie była karana polegają na prawdzie. Wskazał, że Odwołujący zdaje się nie zauważać, iż instytucja zatarcia skazania, powodująca wykreślenie danych z Krajowego Rejestru Karnego została opisana nie tylko w art. 76 i 107 Kodeksu karnego, ale również w innych aktach prawnych. Wskazał na art. 139 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z którego wynika prawo łaski, które wiąże się z prowadzeniem postępowania o ułaskawienie bądź wydaniem postanowienia przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w przedmiocie skorzystania z prawa łaski, zaś prawo łaski może polegać na darowaniu kary lub na wcześniejszym zatarciu skazania.

Izba ustaliła, iż przedmiotem odwołania jest czynność polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, z wnioskiem złożonym w postępowaniu przez Odwołującego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnosząc odwołanie wobec czynności wykluczenia na etapie kwalifikacji wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego i żądając unieważnienia tej czynności oraz powtórzenia czynności oceny wniosków, Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, co przesądza o tym, iż doznał uszczerbku jego interes kwalifikowany możliwością poniesienia szkody.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, wniosku złożonego przez Odwołującego oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż zgodnie z treścią sekcji III.2 ogłoszenia „warunki udziału” o zamówieniu Zamawiający żądał m.in. w pkt 5 i 6 aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp – wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp – wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, iż Zamawiający kilkakrotnie przedłużał termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ostatecznie termin ten został ustalony na dzień 08.05.2012 r.

Następnie Izba ustaliła, iż Odwołujący (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum ML Spółka jawna E. S..... D. C..... z siedzibą w Rzeszowie oraz GEO-KAT Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie) w złożonym w postępowaniu wniosku na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz 9 ustawy Pzp przedłożył dla jednego z członków konsorcjum, tj. ML System Spółka jawna informację z Krajowego Rejestru Karnego dla pani E..... S..... oraz D..... C..... – wspólników spółki wystawioną z dniem 07.11.2011 r. oraz dla podmiotu zbiorowego, tj. ML System Spółka jawna informację z Krajowego Rejestru Karnego wystawioną dnia 07.11.2011 r.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 10.08.2012 r. wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołującego do uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp dla pani E..... S..... oraz pana D..... C..... – wspólników ML System Spółka jawna oraz w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp w zakresie podmiotu zbiorowego odnoszącego się do ML System Spółka jawna. W uzasadnieniu wskazał, iż dokumenty te nie spełniają wymagań określonych przepisami i treścią ogłoszenia o zamówienia, gdyż zostały wystawione w dniu 07.11.2011 r., zaś termin składania wniosków miał miejsce w dniu 08.05.2012 r. Ponadto wskazał, iż dokumenty uzupełnione przez wykonawcę powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. 08.05.2012 r. Wyznaczył również termin na dokonanie tej czynności przez Odwołującego na dzień 24.08.2012 r. do godziny 12.00.

Odwołujący pismem z dnia 24.08.2012 r. przedłożył w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp dla pani E..... S..... oraz pana D..... C..... – współników ML System Spółka jawna oraz w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp w zakresie podmiotu zbiorowego odnoszącego się do ML System Spółka jawna informacje z Krajowego Rejestru Karnego wystawione dnia 07.11.2011 r. oraz z dnia 23.05.2012 r. Wskazał ponadto, iż przedstawienie przez Odwołującego powyższych dokumentów ma na celu, zgodnie z żądaniem Zamawiającego przedstawionym w wezwaniu z dnia 10.08.2012 r. jednoznaczne potwierdzenie spełniania warunków udziału w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego skoro w dniu 07.11.2011 r. oraz w dniu 23.05.2012 r. Krajowy rejestr Karny przewidywał niefigurowanie w nim zarówno osób jak i wykonawcy oczywistym jest, że w dniu 08.05.2012 r. nie mogły zaistnieć przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2-8 i 9 ustawy Pzp. Wskazał, iż przepisy ustawy Kodeks karny stanowią bowiem, iż najkrótszymi terminami powodującymi zatarcie skazania są:

- 1 rok od wydania prawomocnego orzeczenia, w przypadku odstąpienia od wymierzenia kary (art. 107 § 5 kodeksu karnego) oraz
- 6 miesięcy od zakończenia okresu próby – który trwa minimum 24 miesiące – w przypadku orzeczenia zawieszającego wykonanie kary (art. 76 § 1 kodeksu karnego). Odwołujący w powyższym zakresie na zakończenie wskazał, iż powyższe potwierdza jednoznacznie, że w okresie od 07.11.2011 r. do 23.05.2012 r. (a więc również w dniu składania wniosków) pana D..... R..... C..... oraz pani E..... S..... oraz wykonawca ML System Spółka jawna nie figurowali w Krajowym Rejestrze Karnym.

Izba ustaliła również, iż Zamawiający, działając na podstawie art. 24 ust. 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 02.10.2012 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu powyższej czynności wskazał, że do wniosku w przedmiotowym przetargu wykonawca dołączył nieaktualne zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla dwóch członków zarządu oraz dla podmiotu zbiorowego, tj. z dnia 07.11.2011 r. Składanie wniosków upływało w dniu 08.05.2012 r. Następnie wskazał, że po wezwaniu do uzupełnienia wykonawca złożył przedmiotowe zaświadczenia wystawione po terminie składania wniosków, tj. z dnia 23.05.2012 r. i w związku z powyższym złożone przez Odwołującego dokumenty nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na dzień w którym upłynął termin składania wniosków, tj. 08.05.2012 r. Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał tezy zawarte w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 1111/12 oraz KIO 413/12 i KIO 414/12.

Na powyższą czynność Odwołujący w dniu 10.10.2012 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

## **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

I. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp na skutek wykluczenia Odwołującego z postępowania Izba uznała, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Hipotezą normy zawartej w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp objęci są wykonawcy, w sytuacji, w której wskazane osoby związane z wykonawcą, skazano za określone rodzaje przestępstw. Krąg osób podlegających badaniu, z uwagi na karalność we wskazanym zakresie, został uzależniony od formy prawnej wykonawcy, która w istocie determinuje grono osób uprawnionych do prowadzenia spraw określonego podmiotu. W przypadku, gdy wykonawcą jest osoba prawna weryfikacji podlegają członkowie organu zarządzającego (art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp). W pozostałych wypadkach osobami tymi są wspólnicy spółek osobowych ponoszący nieograniczoną odpowiedzialność za zobowiązania tychże podmiotów, jak również uprawnieni do prowadzenia spraw tychże spółek i reprezentowania ich w stosunkach zewnętrznych.

W celu potwierdzenia powyższej okoliczności, zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), wykonawca zobowiązany jest przedstawić aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego albo składania ofert. Powyższy wymóg dotyczy wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium RP, zaś w przypadku wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP, zamiast wskazanych dokumentów należy przedłożyć zaświadczenie z właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Oznacza to, że wolą ustawodawcy jest, aby członkowie zarządu osób prawnych mających siedzibę w RP, przedkładali dokumenty z Krajowego Rejestru Karnego. Natomiast osoby prawne, które mają siedzibę poza terytorium RP uprawnione są do przedłożenia zaświadczenia z właściwego organu.

W odniesieniu do podmiotów zbiorowych, w rozumieniu ustawy z dnia 28 października 2002 roku o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zagrożone pod groźbą kary (Dz. U. z 2002 r. Nr 197, poz. 1661), ustawodawca w § 2 ust. 1 pkt 6 ww. rozporządzenia

wskazał, iż zamawiający może żądać aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp – wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Choć przepisy ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym nie określają przesłanki odnoszącej się do „aktualności” informacji z KRK należy wskazać, iż z takim pojęciem mamy do czynienia na gruncie przepisów ustawy Pzp.

Należy na wstępie wskazać, iż samo spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jak również wykazanie braku podstaw do wykluczenia ma charakter formalny, będący konsekwencją treści art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp stanowiącego wyraz sformalizowanego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Treść art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp pozwala uznać, iż w obecnym stanie prawnym znaczenie wtórne ma okoliczność, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, ale czy powyższe okoliczności zostały przez niego wykazane w dopuszczony przez ustawodawcę sposób, tj. poprzez złożenie dokumentów w formie i treści dookreślonej w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie delegacji ustawowej wyrażonej w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Z normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp można wywieść ogólną tezę, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca, w odniesieniu do wykazania spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia, dał prymat prawdzie formalnej nad prawdą materialną (obiektywną). Na powyższe w toku rozprawy zwrócił również uwagę Zamawiający. Powyższej tezy nie sposób uznać za pozbawionej podstaw, biorąc pod uwagę zasadę pisemności oraz jawności postępowania, które to zasady znajdują swoje odzwierciedlenie w formalistycznym ujęciu procesu badania kwestii związanych z kwalifikacją podmiotową wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Wszakże zamawiający, opierając się jedynie na przedłożonych przez wykonawcę dokumentach, dokonuje kwalifikacji w odniesieniu do podmiotowych cech tego wykonawcy. Nawet gdy Zamawiający dysponuje informacjami o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, z innego źródła niż oferta lub wnioski wykonawcy, jest związany dyspozycją normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, która nakazuje wykluczenie wykonawcy w przypadku, gdy nie wykazał on spełnienia tych warunków w określonej procedurze i w określony sposób.

Tym samym, w zakresie terminu wystawienia dokumentów i tym samym terminu wykazania braku podstaw do wykluczenia o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 9 ustawy Pzp, przepisy § 1 ust. 2 pkt 5 i 6 rozporządzenia wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp oraz przepis art. 26 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, określają wymagania formalne wobec dokumentów służących wykazaniu spełnienia warunków i braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Zawarta w treści odwołania polemika Odwołującego w zakresie zakwestionowanych przez Zamawiającego informacji z Krajowego Rejestru Karnego stanowi *de facto* polemikę odnoszącą się do racjonalności regulacji dokonanej przez ustawodawcę. Mając na względzie założenie racjonalności ustawodawcy w tym zakresie należy uznać, iż prawodawca wprowadzając w odniesieniu do informacji z Krajowego Rejestru Karnego tego rodzaju regulację w zakresie terminu wystawiania tego dokumentu i tym samym uznania, iż tylko dokument wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składnia ofert lub wniosków stanowi potwierdzenie, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu w oparciu o przesłanki uregulowane w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 9 ustawy Pzp, uwzględnił okoliczności odnoszące się do trybu pozyskiwania informacji z Biura Informacyjnego Krajowego Rejestru Karnego, jak również uwzględnił całość regulacji prawnych w zakresie zatarcia skazania ujętych w przepisach prawa, w tym w ustawie Kodeks karny, ustawie Kodeks karny skarbowy, ustawie Kodeks karny wykonawczy oraz ustawie z dnia z dnia 28 października 2002 roku o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zagrożone pod groźbą kary.

Nie sposób bowiem założyć, co zdaje się sugerować Odwołujący poprzez swoją argumentację, iż regulacja ta miałaby posiłkowo i dodatkowo obejmować konieczność oceny i analizy przez podmiot zamawiający wszelkiego rodzaju instytucji prawa karnego materialnego oraz wykonawczego – zarówno krajowego, jak i obcego – celem dokonania całościowej i logicznej oceny zespołu dokumentów przedłożonych w postępowaniu przez Odwołującego, które nie spełniają przewidzianych prawem wymogów formalnych, ale w ocenie Odwołującego przy uwzględnieniu instytucji zatarcia skazania uregulowanej w ustawie Kodeks karny mogą wskazywać na brak informacji w Krajowym Rejestrze Karnym o skazaniu w odniesieniu do poszczególnych osób oraz podmiotu zbiorowego w pożądanym przez Zamawiającego czasookresie.

Izba wskazuje, iż biorąc pod uwagę dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający swoje decyzje w postępowaniu winien opierać jedynie na dokumentach przedłożonych przez wykonawcę. Stosownie do przepisów ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia wydanego w oparciu o delegację ustawową zawartą w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp brak jest podstaw do uznania, iż zachodzi konieczność „wyjścia” poza uregulowania tychże aktów prawnych i oparcie decyzji podmiotu zamawiającego na całościowej analizie regulacji prawa karnego materialnego oraz wykonawczego. Działanie takie byłoby działaniem *contra legem*, tj. wykraczającym poza środki i uprawnienia dostępne podmiotowi zamawiającemu. Czynności uregulowane w Rozdziale 4 ustawy Pzp zatytułowanym „Wybór oferty najkorzystniejszej” mają za swój przedmiot dokumenty zawarte w ofercie lub wniosku oraz dokumenty i informacje przedłożone przez wykonawcę w toku postępowania w oparciu o instytucje uregulowane w ustawie Pzp.

Zamawiający w celu ustalenia, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania nie ma ani prawa, ani obowiązku dokonywania całościowej analizy regulacji prawa karnego – zarówno kodeksowych, jak i pozakodeksowych celem ustalenia, czy osoba lub podmiot zbiorowy był prawomocnie skazany za określone przestępstwa lub czy to ewentualne skazanie uległo, bądź mogło ulec zatarciu. Informacja z Krajowego Rejestru Karnego wydana w przewidzianej prawem procedurze przez właściwy organ uzyskuje status dokumentu urzędowego, o którym mowa w art. 244 ustawy Kodeks postępowania cywilnego – jest zatem pełnoprawnym dowodem wskazującym, na istnienie lub brak określonych okoliczności mających doniosłe znaczenia dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym, w ocenie Izby, w kontekście regulacji zawartej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, nie zasługuje na aprobatę stanowisko Odwołującego zawarte w treści odwołania, prowadzące do wniosku o konieczności prowadzenia przez podmiot zamawiający swoistej systemowej wykładni konsekwencji wynikających z dwóch dokumentów w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego opatrzonych datami 07.11.2011 r. oraz 23.05.2012 r. i tym samym wyprowadzenia z ich treści pewnego założenia (hipotezy) mającego daleko idące konsekwencje kształtujące sytuację prawną podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Jedynie na marginesie należy wskazać, iż Odwołujący w ramach przedstawionej argumentacji nie uwzględnił instytucji zatarcia skazania uregulowanych w innych aktach prawnych regulujących odpowiedzialność karną, w tym ustawie Kodeks karny skarbowy (art. 2 § 6, art. 45 § 2, art. 52 § 2 i 3) oraz ustawie o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (art. 43). Nie uwzględnił również przepisów ustawy Kodeks karny wykonawczy (art. 37).

Należy również wskazać, iż ustawa Pzp oraz przepisy wykonawcze wydane w oparciu o art. 25 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do dnia wystawienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego oraz czasu potwierdzania przez ten dokument pewnych okoliczności zawierają dwie odrębne regulacje, które w zależności od trybu przedstawienia tychże dokumentów (pierwotnie z ofertą lub wnioskiem lub na skutek uzupełnienia w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) winny być oceniane odrębnie w zależności od etapu na którym dokumenty te zostały przedłożone.

W ramach przedmiotowego postępowania Odwołujący wraz z wnioskiem przedłożył dla wspólników spółki oraz dla podmiotu zbiorowego w odniesieniu do jednego z członków konsorcjum (ML System Spółka jawna) dokumenty w postaci informacji KRK z dnia 07.11.2011 r., co przy ostatecznym terminie składania wniosków ustalonym na dzień 08.05.2012 r. powoduje, iż dokumenty te zostały wystawione wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania wniosków. W wyniku wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

uzupełnił w tym samym zakresie dokumenty w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego z datą 23.05.2012 r., co powoduje, iż nie potwierdzają one spełnienia warunku w wymaganym w powyższym przepisie okresie, tj. najpóźniej na dzień składania wniosków.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał w stosunku do jednego z członków konsorcjum braku podstaw do wykluczenia a zatem Zamawiający był zobligowany do wykluczenia wykonawców ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

**II.** W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut ten Odwołujący oparł na założeniu, iż w przypadku gdyby powyższa okoliczność odnosiła się do podmiotu mającego swoją siedzibę za granicą podmiot ten mógłby zastąpić stosowny dokument oświadczeniem i tym samym spełniłby warunki udziału w postępowaniu. Po pierwsze należy wskazać, iż powyższy zarzut Odwołujący oparł jedynie na założeniu mającym swoje źródło w regulacjach zawartych w rozporządzeniu wydanym w oparciu o delegację ustawową zawartą w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Izba wskazuje, iż aby doszło do naruszenia zasady uregulowanej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp musi dojść do zróżnicowania pozycji wykonawców znajdujących się w odmiennej sytuacji faktycznej i prawnej. W niniejszym postępowaniu brak jest działań Zamawiającego wypełniających powyższą hipotezę. Wskazać ponadto należy, iż nie sposób traktować wykonawców krajowych analogicznie jak wykonawców, którzy mają swoją siedzibę poza granicami RP i to w przypadku, gdy odmienne mechanizmy wobec takich wykonawców wprowadził sam ustawodawca. Wszakże to ustawodawca przyznał takim wykonawcom prawo zastąpienia dokumentów oświadczeniem i to jedynie w przypadku, gdy w krajach w których mają oni siedzibę nie wydaje się zbliżonych funkcjonalnie dokumentów.

Zatem wskazać należy, iż zarzut ten, przy uwzględnieniu całokształtu argumentacji Odwołującego, zasadza się na daleko idących domniemaniach nie znajdujących potwierdzenia w istniejącym stanie faktycznym.

Po drugie brak jest podstaw do uznania, iż dopuszczalne przez ustawę i akty wykonawcze mechanizmy i instytucje prawne mogą stanowić istotę zarzutu wobec Zamawiającego, gdyż jej ewentualne zastosowanie stanowiłoby wszakże realizację prawa a nie jego naruszenie.

Biorąc pod uwagę powyższe, przy uwzględnieniu podstaw faktycznych zarzutu, Izba uznała iż nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w sposób wskazany przez Odwołującego.

**III.** W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na skutek konieczności przedłożenia w ramach uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu uznać należy, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Powyższy zarzut, analogicznie jak w przypadku zarzutu z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący opiera na działaniach Zamawiającego zmierzających do realizacji dyspozycji podniesionego jako zarzut przepisu. Jednakże z tą różnicą, iż w tym wypadku nie mamy do czynienia jedynie z możliwością realizacji hipotezy normy prawnej wyrażonej w tym przepisie ale z zastosowaniem tej instytucji przez Zamawiającego. Izba wskazuje, iż zarzut ten zmierza wprost do podważenia racjonalności tej regulacji a nie jej naruszenia przez Zamawiającego. W tym miejscu, biorąc pod uwagę treść art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i 3 ustawy Pzp wskazać należy, iż przedmiotem środka odwoławczego a w konsekwencji zarzutu skutkującym jego uwzględnieniem może być jedynie czynność dokonana na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp – a więc wykonana sprzecznie z dyspozycją określonej normy prawnej, a nie czynność stanowiąca realizację tejże dyspozycji.

W tym przypadku zarzut ten, skierowany wobec czynności Zamawiającego dokonanej zgodnie z hipotezą (dyspozycją) normy prawnej uregulowanej w art. 26 ust.3 ustawy Pzp, jest *de facto* skierowany wobec instytucji przewidzianej w ustawie Pzp, co nie może powodować jego uwzględnienia. Stosowanie prawa przez Zamawiającego w sposób oddający treść norm prawnych jest obowiązkiem podmiotu zamawiającego. Fakt przedłożenia przez Odwołującego w wyniku uzupełnienia dokumentu z KRK zawierającego informacje obrazujące stan danych w tym rejestrze na dzień po terminie składania wniosków pozostaje w opozycji w odniesieniu do dyspozycji normy prawnej uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co w konsekwencji poskutkowało obowiązkiem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania – stosowanie do treści art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Tym samym Izba uznała, iż w ramach przedmiotowego postępowania nie doszło również do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

**IV.** W zakresie zarzutu z art. 24 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego zawartej tam normy prawnej. Zamawiający w piśmie z dnia 02.10.2012 r. wskazał Odwołującemu podstawę prawną i faktyczną swojej czynności, jak również na potwierdzenie zasadności swojego stanowiska przywołał dwa orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. W ocenie Izby informacje te umożliwiały Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej i odniesienie się do podstaw faktycznych decyzji Zamawiającego. Brak jest bowiem podstaw do oparcia decyzji Zamawiającego na innych przepisach niż właściwe dla dokonanej przez niego czynności i ewentualne uwzględnienie sugestii Odwołującego zwartych w piśmie z dnia 24.08.2012 r. jeżeli Zamawiający uznał je za

okoliczności irrelevantne dla przebiegu postępowania – czemu dał wyraz podając podstawę prawną wykluczenia w postaci art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i uzasadnienie faktyczne stanowiące wypełnienie dyspozycji przepisu art. 24 ust. 3 ustawy Pzp.

Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....

