

Sygn. akt: KIO 1772/16

**WYROK**  
**z dnia 7 października 2016 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2016 r. przez Odwołującego – **P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. Przystępujący TRANS-MEDYK RATOWNICTWO**, ul. Oleska 11a, 46-023 Osowiec

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Publiczny Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzkie Centrum Medyczne**, Al. Wincentego Witosa 26, 45-418 Opole

**orzeka:**

**1 Oddala odwołanie.**

2.1 Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. P. Trans Medyk Ratownictwo i

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. P. Trans Medyk Ratownictwo, tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Opolu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Publiczny Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzkie Centrum Medyczne w Opolu w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi *transport pacjentów w pozycji siedzącej i leżącej wymagających opieki lekarza* (nr sprawy TLZP/2-23/233/100/2016), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2016/S 146-264634 w dniu 30 lipca 2016 r., wobec czynności oceny oferty wybranej i zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Opolskie Centrum Ratownictwa Medycznego (OCRM), wykonawca P. M. Trans-Medyk Ratownictwo wniósł w dniu 23 września 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1772/16).

O czynnościach Zamawiającego Odwołujący dowiedział się w dniu 13 września 2016 r. Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie w dniu 26 lipca 2016 r. przekazując w tym dniu ogłoszenie o zamówieniu do publikacji w TED oraz zamieszczając informację o jego ogłoszeniu na stronie internetowej oraz w swojej siedzibie. Zamawiający opublikował siwz na stronie internetowej w dniu 1 sierpnia 2016 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Opolskie Centrum Ratownictwa Medycznego (OCRM) złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania i zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego. Wskazane czynności dokonane miały być z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie ponownego badania i oceny ofert, wykluczenia z postępowania OCRM i uznania tej oferty za odrzuconą i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę najkorzystniejszą, co stwarza mu realną szansę na uzyskanie zamówienia. Przez bezpodstawne zaniechanie wykluczenia OCRM z postępowania Zamawiający naraża Odwołującego na szkodę, na którą składają się koszty przygotowania oferty oraz niezyskany zysk z tytułu wykonania umowy.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania OCRM Odwołujący wskazał na brak złożenia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 9.9.2016 r. informacji z KRK dla osoby wskazanej w KRS jako kierownika publicznego zakładu opieki zdrowotnej, potwierdzającej brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na dzień składania ofert, tj. niekaralności urzędującego członka organu zarządzającego osobą

prawną. Do oferty wykonawca nie załączył informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz pkt 11 Ustawy dla Pana I. S. .

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy wezwał OCRM do uzupełnienia dokumentu – informacji z KRK wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, potwierdzającej spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 7 września 2016 r.

Złożona w odpowiedzi na to wezwanie informacja z KRK stwierdza stan niekaralności osoby objętej zapytaniem na dzień 9 września 2016 r., a zatem nie jest to dokument aktualny na dzień złożenia oferty. Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. *w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r., poz. 231) nie dopuszczają możliwości uznania za aktualną informację z KRK – dokumentu wystawionego po terminie składania ofert. W tym stanie rzeczy Zamawiający powinien wykluczyć OCRM z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, a złożoną przez niego ofertę uznać za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Ustawy. Dokonanie w tych okolicznościach jej wyboru stanowi oczywiste naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy.

Jedyną ofertą podlegającą ocenie pozostaje oferta Odwołującego, mieszcząca się w środkach Zamawiającego, a zaniechanie dokonania jej wyboru stanowi o naruszeniu art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), tj. w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”. Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe. Ustawa nowelizująca przepisy Ustawy weszła w życie po upływie 14 dni od dnia jej ogłoszenia w Dzienniku Ustaw z dnia 13 lipca 2016 r., poz. 1020, tj. 28 lipca 2016 r. Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie w dniu 26 lipca 2016 r. przekazując w tym dniu ogłoszenie o zamówieniu do publikacji w TED oraz zamieszczając informację o jego ogłoszeniu na stronie internetowej oraz w swojej siedzibie.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Zakres zarzutów i żądań z nich wynikających wskazywały na potrzebę ochrony interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przez wzruszenie wyniku oceny oferty wybranej jako najkorzystniejsza, mogące w konsekwencji prowadzić do wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego ofertę Zamawiający wybrał i wyboru oferty Odwołującego. W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawe dla merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści siwz, oferty OCRM oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty wykonawcy OCRM w stosunku do którego zachodziła podstawa do wykluczenia z postępowania wskazana w art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, w związku z brakiem potwierdzenia na dzień złożenia oferty, iż w stosunku do tego wykonawcy nie zachodziły podstawy do wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz pkt 11 Ustawy. Wykonawca wezwany przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy przedstawił informację z KRK stwierdzającą brak karalności osoby objętej zapytaniem według stanu na dzień 9 września 2016 r., a nie na dzień złożenia oferty (7 września 2016 r.).

Izba ustaliła, iż do oferty OCRM nie została załączona informacja z Krajowego Rejestru Karnego dotycząca osoby wskazanej w KRS nr 0000008085, jako kierownik publicznego zakładu opieki zdrowotnej. Na stronie 14 oferty znajduje się jedynie informacja z KRK dotycząca podmiotu zbiorowego – Opolskie Centrum Ratownictwa Medycznego. Zamawiający pismem z dnia 9 września 2016 r. wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy OCRM do *uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca powinien złożyć dokumenty, tj.: Pkt 5. Aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10-11 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.*

W odpowiedzi na to wezwanie OCRM przedłożyło aktualną informację z KRK dla osoby wskazanej w zapytaniu wystawioną na dzień 9.9.2016 r., w której stwierdza się stan jej niekaralności.

Zamawiający w siwz w pkt 10 (str. 3 siwz) zamieścił komunikat dotyczący obowiązywania Dyrektywy 2014/24/UE oraz Dyrektywy 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. opublikowany na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)), „od dnia 18

kwietnia 2016 r. przestają obowiązywać przepisy dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 114) oraz przepisy dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 1), a zaczynają obowiązywać przepisy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.), zwanej dalej „dyrektywą klasyczną ” oraz przepisy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm.), zwanej dalej „dyrektywą sektorową”.

**10.1. W związku z powyższym art. 59 dyrektywy 2014/24/UE oraz odpowiednio art. 80 dyrektywy 2014/25/UE nakładają na zamawiających obowiązek akceptowania Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), a zatem Wykonawcy od 18 kwietnia 2016 r. mają prawo składania własnego oświadczenia, ustalonego w drodze standardowego formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), zamiast dokumentów i zaświadczeń wydanych przez organy Publiczne lub osoby trzecie. JEDZ jest podstawowym dokumentem stanowiącym wstępne potwierdzenie spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia. Formularz ten ma bezpośrednio zastosowanie we wszystkich państwach członkowskich. Formularz ten składa się z ofertą w formie papierowej.**

Zamawiający zawarł w dalszych postanowieniach zapisy dotyczące samego dokumentu JEDZ, jego zawartości i zasad weryfikacji podmiotowej wykonawców, podmiotów trzecich i podwykonawców (pkt 10.2 i 10.3 siwz).

W Rozdziale VI - WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU Zamawiający wymagał:

A. W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu do oferty należy załączyć:

1. Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne z art. 22 ust.1 ustawy Pzp z wykorzystaniem wzoru – załącznik nr 3.

B. W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia z art. 24 ust.1 i 2 Prawa zamówień publicznych wykonawca składa następujące dokumenty:

- 1 Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust.1 i ust.2 Prawa zamówień publicznych z wykorzystaniem wzoru – załącznik nr 4
- 2 Aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust.1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.
- 3 Aktualne zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzających odpowiednio, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczeń, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
- 4 Aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt 9 ustawy Pzp
- 5 Aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10-11 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.
- 6 W celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, wykonawca, wraz z ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.

Wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w pkt. B

W Rozdziale XI - OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT, Zamawiający w pkt 11 wskazał, iż Wszystkie dokumenty winny stwierdzać stan obecny, a powinno to wynikać z oryginału Aktualność dokumentów zostanie oceniona na podstawie [Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów](#) z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz.U. Nr 0, poz. 231 z 2013 r.) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

**Mając na uwadze przywołane zapisy siwz, uzupełniony na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy dokument KRK oraz prezentowane na rozprawie stanowiska stron Izba oddaliła odwołanie jako niezasadne.**

W niniejszej sprawie ocenie należało poddać czynności Zamawiającego w kontekście obowiązującej od 18 kwietnia 2016 r. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. Izba nie mogła opierać się wyłącznie na przepisach krajowych obowiązujących w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a które nie transponowały do porządku krajowego przepisów dyrektywy. Dopiero po ogłoszeniu przedmiotowego postępowania weszła w życie ustawa nowelizująca dotychczasowe przepisy Ustawy, uwzględniająca zmiany wynikające z przepisów nowej dyrektywy 2014/24/UE w tej sytuacji Zamawiający zobowiązany był zatem stosować przepisy Ustawy z uwzględnieniem zasady bezpośredniej skuteczności dyrektywy.

Na wstępie należy zauważyć, iż wartość zamówienia przekraczała progi unijne, stąd wiążącymi dla Zamawiającego były zmienione zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określone dyrektywą 2014/24/UE oraz przepisy rozporządzeń wykonawczych Komisji (UE), w tym rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3/16). W załączniku nr 1 do rozporządzenia wykonawczego (Instrukcja) zawarte zostały wytyczne wiążące bezpośrednio Państwa Członkowskie w zakresie związanym ze stosowaniem przepisów dyrektywy, w tym między innymi wskazano, iż *Oferantom w procedurze otwartej i wnioskom o dopuszczenie do udziału w procedurze ograniczonej, procedurze konkurencyjnej z negocjacjami, dialogu konkurencyjnym lub partnerstwie innowacyjnym musi towarzyszyć jednolity europejski dokument zamówienia, wypełniony przez wykonawców w celu dostarczenia wymaganych informacji. Z wyjątkiem przypadków związanych z niektórymi zamówieniami udzielanymi na podstawie umów ramowych, oferent, któremu zamierza się udzielić zamówienia, będzie musiał przedstawić aktualne zaświadczenia i dokumenty potwierdzające (...) Instytucja Zamawiająca lub podmiot zamawiający może w dowolnej chwili w trakcie postępowania zwrócić się do każdego oferenta o przedłożenie wszystkich lub niektórych wymaganych zaświadczeń i dokumentów potwierdzających, jeżeli jest to niezbędne dla zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania.*

W przypisie 85 Dyrektywy wskazano, iż *istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko, np. w przypadku trudności finansowych, które sprawiałoby, że dany wykonawca staje się nieodpowiedni, lub,*



*przeciwnie, z racji spłacenia w międzyczasie zaległych zobowiązań z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne.*

Na szczególną sytuację Zamawiających prowadzących postępowania w okresie pomiędzy wejściem w życie przepisów dyrektywy, a przed jej wdrożeniem do przepisów krajowych zwrócił uwagę Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w komunikacie z 17.04.2016 r. zamieszczonym na stronie internetowej Urzędu. W zakresie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Urząd Zamówień Publicznych proponuje stosowanie oświadczenia własnego wykonawców składanego w postaci jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia według Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3/16). Ponadto, biorąc pod uwagę wynikające z dyrektyw prawo wykonawcy do nieprzedkładania dokumentów, jeżeli w zakresie, w jakim instytucja zamawiająca ma możliwość uzyskania zaświadczeń lub odpowiednich informacji bezpośrednio za pomocą bezpłatnej krajowej bazy danych w dowolnym państwie członkowskim, instytucja zamawiająca może pobrać je z odpowiedniej bazy danych już w dniu otwarcia ofert lub wniosków. Pozwoli to uczynić zadość zarówno przepisom Dyrektyw, jak i obowiązującej Pzp. Proponuje się również stosowanie przez Zamawiających w odniesieniu do wykonawców instytucji tzw. *self – cleaning*, polegającej na dopuszczeniu - w sytuacji zaistnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania - możliwości przedstawienia przez tego wykonawcę dowodów na to, że podjął środki wystarczające do wykazania jego rzetelności (w tym że: (1) naprawił szkodę lub zadośćuczynił za doznaną krzywdę, (2) podjął współpracę z organami ścigania; (3) podjął konkretne środki techniczne, kadrowe, organizacyjne, odpowiednie do zapobiegania kolejnym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu); zamawiający winien rozpatrzeć dowody wskazane wyżej i dokonać ich oceny w świetle przesłanek wykluczenia wykonawcy określonych w art. 24 ust. 1 pkt 2, 4-11 oraz w ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając nałożony na Państwo Członkowskie obowiązek wdrożenia dyrektywy, jak również bezpośrednio obowiązujące przepisy rozporządzeń wykonawczych Komisji (UE) Izba uznała, iż decyzja Zamawiającego, o tym aby przyjąć jako dokument potwierdzający weryfikację podmiotową wykonawcy OCRM aktualne zaświadczenie z KRK pozwoliła dokonać wyboru oferty wykonawcy w zgodzie z zasadami dyrektywy oraz przepisami Ustawy. W ocenie Izby, osiągnięty został cel dyrektywy, jak również uszanowano zasady oceny nałożone na instytucje zamawiającego przepisami rozporządzenia wykonawczego, z których wynika, iż wykonawca któremu ma zostać udzielone zamówienie powinien złożyć aktualne dokument potwierdzający weryfikację podmiotową. W niniejszym stanie faktycznym wprowadzie wykonawca nie składał JEDZ-a, co jednak nie stało na przeszkodzie temu, aby

uwzględnić dalsze zasady związane z oceną podmiotową wykonawcy najwyżej ocenionego. Kwestia wstępnej kwalifikacji podmiotowej prowadzonej na podstawie JEDZ-a ma na celu uproszczenie procedury w taki sposób, aby ograniczać konieczność składania szeregu dokumentów przez wszystkich wykonawców składających oferty (ubiegających się o zamówienie). Pełna weryfikacja podmiotu prowadzona ma być wobec wykonawcy najwyżej ocenionego. Fakt, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu prowadził ocenę podmiotową wykonawców na dotychczasowych zasadach, tj. na podstawie oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawców, nie stało na przeszkodzie do uznania, iż uzupełnione na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy zaświadczenie z KRK potwierdzało, iż w stosunku do OCRM nie zachodzą podstawy do jego wykluczenia z postępowania. Odwołujący oczekiwał zachowania jednolitych zasad oceny w stosunku do wszystkich podmiotów uczestniczących w postępowaniu odnosząc to do konieczności badania stanu faktycznego stwierdzonego na dzień złożenia ofert. W ocenie Izby, ten postulat nie mógł być spełniony przy uwzględnieniu obowiązującego rozporządzenia wykonawczego, którego stosowanie do postępowania wynikało również z zapisów siwz, w których Zamawiający sygnalizował prawo do złożenia JEDZ-a w miejsce oświadczeń i dokumentów żądanych w rozdziale VI siwz. Zamawiający weryfikował oświadczenie własne wykonawcy żądając złożenia właściwej informacji z KRK. Skoro, zgodnie z komunikatem Prezesa UZP, dopuszczalne jest w postępowaniach prowadzonych na podstawie przepisów Ustawy przed nowelizacją, honorowanie procedury self-cleaning, to tym bardziej dopuszczalny jest dokonanie weryfikacji podmiotowej wykonawcy na podstawie aktualnego zaświadczenia z KRK. W obu przypadkach czynności zmierzają bowiem do stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy, któremu Zamawiający zamierza udzielić zamówienia publicznego. Co istotne, przepisy dyrektywy i rozporządzenia dopuszczają wielokrotne sprawdzanie przez Zamawiającego, czy sytuacja wykonawcy nie uległa zmianie w toku postępowania. Tym samym, samo stwierdzenie przez Zamawiającego, że na dzień złożenia oferty wykonawca nie podlegał wykluczeniu mogłoby okazać się niewystarczającym wobec zmienionej sytuacji faktycznej wykonawcy, do jakiej doszłoby już po złożeniu oferty. W ocenie Izby, przepisy art. 26 ust. 3 Ustawy nie mogły stać na przeszkodzie stosowania zasad wynikających z przepisów unijnych wiążących Zamawiającego w postępowaniu, co pozwoli uniknąć ewentualnej podstawy do unieważnienia postępowania.

Zamawiający w sytuacji prawnej, w jakiej prowadzi postępowanie musiał wykazać się dużą ostrożnością w procesie wykładni i stosowania przepisów dyrektywy oraz Ustawy, w szczególności dokonując weryfikacji podmiotowej wykonawców w związku z nowymi uprawnieniami na jakie może powołać się wykonawca przed Zamawiającym.

Na zakończenie warto przytoczyć wyrok Trybunału z dnia 5 października 2000 r. Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej, Uchybienie zobowiązaniom

Dyrektywa 93/38/EWG, Sprawa C-337/98[2] „do etapów postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które zakończyły się przed datą wyznaczoną jako ostateczny termin implementacji stosuje się przepisy dotychczasowe (...) ogólna zasada może być jednak stosowana do wszystkich etapów postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, które zostały ukończone przed upływem terminu do transpozycji dyrektywy, ale stanowią część procedury, który zakończył się po tej dacie (...)”. Implikuje to, iż do postępowań wszczętych po terminie do wdrożenia dyrektywy należy stosować bezpośrednio dyrektywę, co może być utrudnione ze względu na nieznamość przepisów. Starożytna paremia prawnicza *ignorantia iuris nocet* w tym przypadku stanowi wyjątkowo trafne porównanie, gdyż brak zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wiążących bezpośrednio przepisów dyrektywy i rozporządzeń KE, znacząco może utrudniać samo postępowanie jak i jego kontrolę, a w konsekwencji może doprowadzić do nałożenia kar finansowych na zamawiającego jak i doprowadzić do unieważnienia postępowania.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, iż zarzut Odwołującego nie zasługiwał na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł.

**Przewodniczący: .....**