

POSTANOWIENIE
z dnia 20 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **20 kwietnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 kwietnia 2017 r.** przez wykonawcę: **FR Protection Poland Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 7a, 72-200 Nowogard**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego wykonawcy:

A. Iturri Poland Sp. z o.o.; B. konsorcjum PW Krystian Sp. z o.o., Odzież Robocza Sp. j. D. i Wspólnicy,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **FR Protection Poland Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 7a, 72-200 Nowogard**, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1265) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa odzieży ochronnej (trudnopalnej) dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A.” (Dz. Urz. U.E. nr 2016/S 177-318866 z 14.09.2016r.), w dniu 13 kwietnia 2017 r. zostało złożone w postaci pisemnej odwołanie przez wykonawcę: FR Protection Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Nowogardzie w zakresie części 1,2 i 3 zamówienia, w kopii przekazane zamawiającemu w dniu 12 kwietnia 2017 r.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia z dnia 5 kwietnia 2017 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania i o odrzuceniu jego oferty.

Odwołanie dotyczy postępowania, które zostało wszczęte w dniu 14.09.2016r. i mają do niego zastosowanie przepisy obowiązujące od daty wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Ustalona wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 12 kwietnia 2017 r. przesłane drogą elektroniczną, (w kopii przesłane stronom) przystąpienie do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp złożyli w dniu 13.04. 2017 r. wykonawca Iturri Poland Sp. z o.o. oraz w dniu 18.04.2017 r. konsorcjum PW Krystian Sp. z o.o., Odzież Robocza Sp. j. D. i Wspólnicy- po stronie zamawiającego, którzy wnosili o odrzucenie, względnie oddalenie wniesionego odwołania.

Odwołanie wniesiono wobec zaniechań i czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania polegających na wyborze oferty wykonawcy Iturri Poland Spółki z o.o. z/s w Bielsku Białej, wykluczeniu z udziału w postępowaniu odwołującego - skutkującym odrzuceniem jego oferty, zaniechaniu odrzucenia oferty Iturri Poland Spółki z o.o. złożonej w niniejszym postępowaniu i zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu: PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1265), zwaną „ustawą Pzp”, tj.:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 poprzez bezzasadne przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

- 2) art. 22 ust.1 w zw. z art. 24 ust. 4, art. 25 ust. 1 i art. 89 ust. 5, w następstwie czego bezpodstawnie wykluczono odwołującego od udziału w przetargu i odrzucono jego ofertę,
- 2) art. 26 ust. 1 poprzez błędną jego interpretację, nie znajdującą potwierdzenia w brzmieniu przepisu polegającą na przyjęciu, że odwołujący powinien złożyć zaświadczenie o niekaralności prokurenta potwierdzające jego niekaralność na dzień otwarcia ofert - to jest 26.10.2016 r.,
- 3) art. 91 ust. 1 polegający na zaniechaniu wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 4) art. 7 ust. 1 poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wybór oferty, która podlega odrzuceniu na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Iturri Poland Spółka z o.o.,
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego,
- 3) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego na wykonanie zadania 1,2 i 3,
- 4) dokonanie wyboru oferty odwołującego, to jest FR Protection Poland Spółka z o.o. na wykonanie zadania 1,2 i 3 jako najkorzystniejszej.

Ponadto:

- 5) o zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, to jest wpisu w kwocie 15 000,00 zł oraz kosztów zastępstwa prawnego powiększonego o 17,00 zł opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 3 617,00 zł

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powołał się na interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ uznawał, że jego oferta jest najkorzystniejsza i gdyby [tak w odwołaniu: *Odwołujący*] dokonał wyboru oferty z poszanowaniem przepisów ustawy Pzp - oferta odwołującego, jako spełniająca wszystkie wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia winna zostać wybrana, w następstwie czego doszło by do zawarcia umowy w sprawie tego zamówienia pomiędzy zamawiającym i odwołującym. Odrzucenie oferty naraża [tak w odwołaniu: *Zamawiającego*] na szkodę spowodowaną nie uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 5 kwietnia 2017 r. został zawiadomiony przez zamawiającego, że w wyniku dokonania ponownej oceny i wyboru oferty w postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego znak postępowania: 590/GI/LZA/AS/2016 Dostawa odzieży ochronnej (trudnopalnej) dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A. został on wykluczony jako wykonawca z postępowania na podstawie postanowień art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało

odrzucając jego ofertę na wykonanie zadań nr 1, 2, 3 na podstawie art. 89 ust. 5 oraz art. 24 ust. 4 Pzp. Jednocześnie wskazał, że dla realizacji zadania 1,2,3 wybrana została jako najkorzystniejsza, spełniająca wszystkie wymagania zamawiającego oferta Iturri Poland Spółka z o.o.

W ocenie zamawiającego nie spełnienie warunków udziału w przetargu polegało na tym, że odwołujący [został wezwany] przez zamawiającego w dniu 23 marca 2017 r. w trybie art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia zaświadczenia z KRK o niekaralności prokurenta Spółki wnoszącej niniejsze odwołanie. Odwołujący przedłożył zaświadczenie potwierdzające jego niekaralność [prokurenta] na dzień 13.03.2017 r. Tymczasem, w ocenie zamawiającego zaświadczenie winno potwierdzać niekaralność prokurenta na dzień składania ofert to jest na dzień 26.10.2016 r.

Odwołujący nie zaprzeczał, że wyrokiem wydanym w dniu 8 marca 2017 r. w sprawie sygn. akt: KIO 366/17 Krajowa Izba Odwoławcza - rozpatrując odwołanie wykonawcy Iturri Poland Spółka z o.o. unieważniła czynność wyboru oferty odwołującego na zadanie 1,2,3 i nakazała wezwać odwołującego (FR Protection Poland Sp. z o.o.) do uzupełnienia zaświadczenia z KRK o niekaralności prokurenta tej Spółki i dokonać ponownej oceny i wyboru oferty dla zadania 1, 2, 3. Odwołujący stwierdził, że zobowiązanie to wykonał przedkładając aktualne zaświadczenie z KRK o niekaralności - z dnia 13.03.2017 r. Tymczasem zamawiający uznał, że odwołujący winien przedstawić aktualne zaświadczenie z KRK, ale potwierdzające niekaralność prokurenta na dzień złożenia oferty to jest na 26.10.2016 r.

Odwołujący podnosił, że do postępowania tego mają zastosowanie przepisy obowiązujące od daty wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020). Twierdząc, że odwołujący winien przedłożyć zaświadczenie z KRK wykazujące niekaralność prokurenta na dzień złożenia oferty, zamawiający powołał się na uzasadnienie wyroku KIO z 8 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 366/17, w którym na str. 43 zawarto zdanie cyt. *„Jeżeli przystępujący FR Protection Poland Spółka z o.o. na wezwanie zamawiającego uzyska i przedstawi informację z KRK z datą bieżącą, potwierdzającą niekaralność prokurenta p. Taraska na dzień 26 października 2016 r., to taki dokument będzie odpowiedni.”*

W ocenie odwołującego sformułowanie to odpowiada wymogom art. 26 ustawy przed nowelizacją, natomiast jest w rażącej sprzeczności z brzmieniem art. 26 ust 1 ustawy Pzp po nowelizacji, który mówi o aktualnych zaświadczeniach na dzień złożenia.

Odwołujący utrzymywał, że spełnił wymogi sentencji ww. wyroku oraz wskazania art. 26 ust. 1 i 2 Pzp, uzupełniając złożone dokumenty o aktualne zaświadczenie z KRK o niekaralności prokurenta.

Zdaniem odwołującego wykonaniu podlega sentencja wyroku, uzasadnienie przedstawia jedynie motywy, które doprowadziły do wydania wyroku o takiej treści, wskazuje podstawę faktyczną rozstrzygnięcia oraz podstawę prawną. Za niezasadny uznał zarzut, że nie spełnił wymogu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W przekonaniu odwołującego zamawiający w specyfikacji nie określił szczegółowych wymagań, co do żądanych zaświadczeń, a jak podkreśla KIO w uzasadnieniu wyroku, samo wskazanie podstawy prawnej żądania [dot. uzupełnienia dokumentu] nie jest wystarczające, wykonawca nie musi być dostatecznie zorientowany, o jaki dokument zamawiającemu chodziło.

Wykluczając odwołującego z postępowania i odrzucając jego ofertę zamawiający według odwołującego dopuścił się rażącego naruszenia postanowień art. 26 ust. 1 Pzp, który brzmi: *„Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 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 art. 25 ust. 1”*.

Odwołujący podtrzymał twierdzenia, że przedłożone przez niego zaświadczenie - potwierdzające niekaralność prokurenta odpowiada wymogom tego przepisu - potwierdza brak podstaw do wykluczenia (art. 25 ust. 1 pkt 3). Powołał się na wyrok z dnia 19 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2249/16 w związku z pojawiającymi się rozbieżnościami co do rozumienia art. 26 ust. 1 Pzp po zmianie ustawy Izba dokonała wykładni tego przepisu, wskazując, że przepis ten w sposób klarowny odwołuje się do dokumentów aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Jak wyartykułowano w uzasadnieniu tego wyroku przepis art. 26 Pzp koresponduje wprost z przepisem art. 26 ust. 3 Pzp, który przed zmianą ustawy odwoływał się do wykazywania w nich stanu obowiązującego w dniu składania ofert, natomiast aktualnie obowiązujący przepis nie zawiera już takiej regulacji. Ustawodawca zrezygnował z obowiązku wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Izba w przywoływanym wyroku uznała, że błędne jest rozumowanie, że wykonawca zobowiązany jest legitymować się dokumentami potwierdzającymi stan na dzień składania ofert, tego rodzaju argumentacja stanowi zaprzeczenie idei nowelizacji. Odwołujący zwracał uwagę, że KIO w wyroku z dnia 07.11.2016 r. wydanym w sprawie KIO 1772/16, który dotyczył stanu faktycznego, do którego zastosowanie miały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych przed zmianą z 22.06.2016 r., ale w czasie obowiązywania już Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE, która weszła w życie 18 kwietnia 2016 r. (Dyrektywa ta uchylila Dyrektywę 2004/18/WE), wyraziła pogląd, że przepisy

art. 26 Pzp nie mogą stać na przeszkodzie stosowania zasad wynikających z przepisów unijnych wiążących zamawiającego w postępowaniu, co pozwala uniknąć ewentualnej podstawy do unieważnienia postępowania. Skoro pod rządem Pzp przed zmianą należało już stosować przepisy Pzp -jak to podkreśla KIO w uzasadnieniu-z uwzględnieniem zasady bezpośredniej skuteczności dyrektyw, to tym samym po zmianie przepisów Pzp nie można żądać od wykonawcy dokumentów nieodpowiadających wymogom dyrektywy i Pzp. Stan faktyczny, którego dotyczy przedmiotowy wyrok dotyczył również nie przedstawienia zaświadczenia z KRK o niekaralności kierownika publicznego zakładu opieki zdrowotnej, który przedłożył zaświadczenie z KRK o niekaralności potwierdzające jego niekaralność po dniu składania ofert. Uznając to zaświadczenie za prawidłowe KIO wywiodła, że art. 59 dyrektywy 2014/24/UE oraz odpowiednio art. 80 tej dyrektywy nakładają na zamawiających obowiązek akceptowania Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), a zatem wykonawcy od 18 kwietnia 2016r. mają prawo składania własnego oświadczenia, ustalonego w drodze standardowego formularza JEDZ zamiast dokumentów i zaświadczeń wydanych przez organy publiczne lub osoby trzecie. JEDZ- jak potwierdza KIO w uzasadnieniu cytowanego wyroku - jest podstawowym dokumentem stanowiącym wstępne potwierdzenie spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia. Dopiero po wstępnym wyborze wykonawca jest zobowiązany na żądanie zamawiającego przedłożyć aktualne zaświadczenie z KRK, co według odwołującego - uczynił on niezwłocznie po wezwaniu. Odwołujący stwierdził, że w swoich orzeczeniach KIO nawiązuje do rozumienia art. 26 Pzp przedstawionego w przywołanych wyrokach, uznając żądanie uzupełniania dokumentów wykazujących stan obowiązujący na dzień złożenia oferty za niezgodny z art. 26 ust. 1 Pzp. Podnosił, że stanowisko Izby znajduje potwierdzenie również w doktrynie i tak: w komentarzu do art.26 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Granecki 2016 wydanie V autor wyraził pogląd zbieżny ze stanowiskiem Izby, cyt: „Ustawodawca przesądził w sposób jasny i klarowny, że dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji, braku podstaw do wykluczenia, mają być aktualne na dzień ich złożenia, nie zaś na upływ terminu do składania ofert lub wniosków, jak to miało miejsce w poprzednio obowiązującym stanie prawnym”. W glosie do wyroku z dnia 27.01.2017 r. KIO sygn. akt 103/17 wydanym pod rządem już zmienionej ustawy Pzp Paweł Wójcik odniósł się do aktualności dokumentów na dzień złożenia i podkreślił, że cyt. ”Jak wynika z treści art.26 ust. 1 i 2 Pzp - dokumenty składane przez wykonawcę winny być aktualne na „dzień złożenia”. Oznacza to ni mniej, ni więcej tylko tyle, że w odpowiedzi na wezwanie wykonawca może złożyć dokumenty zgodnie z terminem „ich ważności” wynikającym z przepisów rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o ile są nadal aktualne na dzień złożenia”.

Przywołane wyroki KIO, jak i stanowisko doktryny zdaniem odwołującego potwierdzają, że spełnione zostały wszystkie wymogi, by oferta FR Protection Poland Spółka z o.o. jako najkorzystniejsza została wybrana, po uprzednim unieważnieniu wyboru oferty wykonawcy Iturri Poland Spółka z o.o., unieważnieniu wykluczenia odwołującego i unieważnieniu odrzucenia jego oferty.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba na posiedzeniu dopuściła dowód z akt sprawy odwoławczej sygn. akt: KIO 366/17, gdzie został ustalony niekwestionowany stan faktyczny:

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia SIWZ pkt. 14:

Elementy składowe oferty:

14.1. Wypełniony i podpisany „Formularz ofertowy” - załącznik nr 2 do SIWZ.

14.2. Oświadczenie aktualne na dzień składania ofert sporządzone na podstawie art. 25a. 1. Ustawy - Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) - dostępne na stronie internetowej <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter?lang=pl>. Informacje zawarte w/w dokumencie będą stanowić wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Instrukcja wypełniania JEDZ jest dostępna na stronie internetowej: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/jednolity-europejski-dokument-zamowienia>.

14.4. Wypełnione i podpisane „Oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 25a ust. 1 Ustawy - spełnienie warunków” - załącznik Nr 4 do SIWZ.

14.5. Wypełnione i podpisane „Oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 25a ust. 1 Ustawy - wykluczenie” - załącznik Nr 5 do SIWZ

14.9. Aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 Ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

14.10. Oświadczenie wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się zamówienia publiczne -załącznik Nr 6 do SIWZ;

14.11. Oświadczenie wykonawcy o braku wydania prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Ustawy -załącznik Nr 6 do SIWZ.

Na podstawie art. 26 2f ustawy Pzp zamawiający może na każdym etapie postępowania żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu.

Postanowienia SIWZ zostały wiążąco ukształtowane w ten sposób, iż zgodnie z punktem 14.9. wykonawca był zobowiązany złożyć „Aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 Ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert” - co odwołujący konsekwentnie pomija.

Nie można było inaczej rozumieć: „Aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego”, między innymi dla prokurenta Spółki p. ł. T.- jak tylko aktualnej na dzień składania ofert, to znaczy wystawionej przed upływem tego dnia - wyznaczonym datą 26 października 2016r.

Odwołujący chce natomiast, aby zamawiający uwzględnił dokument: *informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 Ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Ustawy*, w odniesieniu do prokurenta Spółki p. ł. T. z datą wystawienia 13 marca 2017 r., a więc nawet po wyroku Izby z dnia 8 marca 2017 r.

Odwołujący de facto podnosi zarzuty wobec wyżej przytoczanych postanowień SIWZ, której termin zaskarżenia upłynął bezskutecznie w dniu 24 września 2016 r. Postanowienia SIWZ zostały ukształtowane w sposób wiążący tak zamawiającego, jak i wykonawców. Jakikolwiek odstępstwa przez zamawiającego od wyżej przytoczanych postanowień SIWZ - skutkowałyby naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, zasady równego traktowania wykonawców, tych którzy podporządkowali się wskazaniom SIWZ i wraz z ofertą przedstawili komplet zaświadczeń o niekaralności członków zarządu, organu nadzorczego oraz prokurentów.

Zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczące bezzasadności wykluczenia odwołującego z postępowania za nieprzedstawienie informacji z KRK na dzień nie późniejszy niż upływ terminu składania ofert, mają charakter wtórny i spóźniony - gdyż zostały wywiedzione, jako konsekwencja bezprzedmiotowości żądania w SIWZ złożenia wraz z ofertą aktualnej informacji z KRK.

Z tych względów odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jako wniesione po upływie terminu wyznaczonego w ustawie.

W wyroku z dnia 8 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 366/17 Krajowa Izba Odwoławcza, mimo, że zamawiający uprzednio dwukrotnie wzywał bezskutecznie odwołującego do uzupełnienia informacji z KRK, mając na uwadze jedynie przytoczenie podstawy prawnej

wezwania i postanowień SIWZ, uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu: *„wezwanie wykonawcy: FR Protection Poland Sp. z o.o. do uzupełnienia zaświadczenia z KRK o niekaralności prokurenta spółki FR Protection Poland Sp. z o.o.”*

Jednocześnie Izba mając wzgląd zarówno na wiążące postanowienia SIWZ, co do złożenia wraz z ofertą - na dzień 26.10.2016 r. Aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 Ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert - na stronie 43 uzasadnienia wyroku sygn. akt KIO 366/17 podała: *„Nadal wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia na dzień składnia ofert, co pod rygorem odpowiedzialności wynikającej z przepisów odrębnych, i wykluczenia z postępowania - potwierdza swoim zapewnieniem w dokumencie JEDZ i w odrębnych oświadczeniach pisemnych załączonych do oferty, a taki stan ma się utrzymywać aż do zawarcia umowy.”* Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 12 ustawy Pzp zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Dalej na stronie 44 ww. wyroku KIO podano: *„Rzeczą wykonawcy było zadbanie o to, aby dysponować standardowo wymaganym dokumentem informacji z KRK o niekaralności prokurenta, wystawionego z odpowiednią datą. Procedura uzupełniania dokumentów nie odnosi się do pozyskiwania przez wykonawcę nowych dokumentów wymaganych w przetargu, ale do dołączenia dokumentów, które były w dyspozycji wykonawcy w dacie złożenia ofert, i w oparciu o te dokumenty złożył on oświadczenie, że nie zachodzą wobec niego ustawowe podstawy wykluczenia, ale jedynie przez przeoczenie nie zostały załączone w zbiorze oferty, skoro zamawiający ustanowił takie warunki w SIWZ.”*

Prawidłowo, zatem zamawiający wypełniając nałożony na niego omawianym wyrokiem Izby obowiązek wezwał odwołującego do uzupełnienia aktualnej na dzień składania ofert informacji z Krajowego Rejestru Karnego - dla prokurenta Spółki p. Ł. T., zgodnie z postanowieniami punktu 14.9 SIWZ.

W sytuacji, gdy odwołujący złożył żądany dokument, ale z datą 13.03.2017 r., a nie jako podano w pkt 14.9 SIWZ „aktualny na dzień złożenia oferty” - (26.10.2016 r.) zamawiający był zobligowany wykluczyć odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.12 ustawy Pzp, a jego ofertę uznać za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 tej ustawy.

W związku z powyższym zachodziła druga obligatoryjna przesłanka odrzucenia odwołania, w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treści wyroku Izby.

Ponadto nie można pomijać, że odwołujący FR Protection Poland Sp. z o.o. był uczestnikiem postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygnaturą akt: KIO 366/17 - na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 185 ust. 6 ustawy Pzp odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 Pzp. Przepis art. 198a ust. 1 ustawy Pzp upoważnia uczestnika postępowania odwoławczego do wniesienia skargi na orzeczenie Izby. Skoro odwołujący nie akceptował wyroku Izby wydanego w sprawie sygn. akt KIO 366/17 winien wnieść skargę, nawet gdy Izba tylko w uzasadnieniu podała z jaką datą powinna być złożona Informacja z KRK. Zgodnie z uchwałą SN z dnia 17 lutego 2016 r. sygn. akt III CZP 111/15: *„Dopuszczalna jest skarga do sądu od wyroku Krajowej Izby odwoławczej dotycząca zarzutów oddalonych w uzasadnieniu tego orzeczenia a nierozstrzygniętych w sentencji.”*

Stosownie do § 13 ust. 1 i 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964, z 2017 r. poz. 14), skład orzekający Izby dokonuje na posiedzeniu niejawnym niezbędnych czynności formalnoprawnych i sprawdzających. W zależności od poczynionych ustaleń faktycznych skład orzekający w szczególności wydaje postanowienie o odrzuceniu odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które pozostają ustalane z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie, o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego. W oparciu o przepisy § 3 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, Dz. U. z 2017 r. poz. 47) Izba zaliczyła kwotę 15 000,00 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

Na podstawie § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a

informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....