

WYROK

z dnia 28 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2016 r. przez wykonawcę

BEZPIECZNE.IT Sp. z o.o. ul. Poleczki 20a, 02-822 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Centrum Informatyczne Edukacji al. J. Ch. Szucha 25, 00-918 Warszawa

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża BEZPIECZNE.IT Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez BEZPIECZNE.IT Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Informatyczne Edukacji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę serwisu pogwarancyjnego dla urządzeń będących na wyposażeniu Zamawiającego” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 18 listopada 2016 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem nr 346838. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – BEZPIECZNE.IT Sp. z o.o. wniósł odwołanie wskazując na niezgodność z ustawą czynności Zamawiającego polegających na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy IT arte Sp. z o.o. oraz wykluczeniu z postępowania Odwołującego. Zdaniem Odwołującego powyższe czynności zostały dokonane z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 4, art. 25a ust. 1 pkt 1, art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co doprowadziło do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz dokonania ponownej oceny ofert;

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że termin składania ofert upłynął 28 listopada 2016 r. Odwołujący złożył ofertę, która została wybrana 30 listopada 2016 r. Zanim jednak doszło do zawarcia umowy, na skutek „donosu” firmy konkurencyjnej, Zamawiający pismem z 6 grudnia 2016 r. wezwał Odwołującego m.in. do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia w zakresie braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na możliwą karalność S. K., figurującego w KRS jako prokurent samoistny Odwołującego.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący, pismem z 8 grudnia 2016 r., poinformował Zamawiającego, iż w terminie składania oferty spółka BEZPIECZNE.IT nie posiadała prokurentów, przedstawiając na tę okoliczność oświadczenie o odwołaniu prokury S. K.

Tego samego dnia Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 30 listopada 2016 r. oraz o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niewykazania braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe czynności Zamawiający uzasadnił tym, iż ze złożonych 8 grudnia 2016 r. wyjaśnień nie wynika, że na dzień składania ofert Odwołujący nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający zaznaczył, że w treści wyjaśnień Odwołujący w żadnym stopniu nie odniósł się do wątpliwości Zamawiającego dotyczących prawomocnego skazania prokurenta firmy za przestępstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie Zamawiający nadmienił, że nie dał wiary wyjaśnieniom Odwołującego, iż firma na dzień składania ofert nie posiadała prokurenta w osobie S. K. Zdaniem Zamawiającego przeciwny fakt wynika z tego, iż 1 grudnia 2016 r. Zamawiający otrzymał wiadomość e-mail, w której Odwołujący wśród osób uprawnionych do podpisania umowy z Zamawiającym wskazał S. K. jako prokurenta.

Zdaniem Odwołującego brak było podstaw do wykluczenia go z postępowania.

Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego w trybie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Odwołujący wykazał, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, brak podstaw do wykluczenia, składając oświadczenie w trybie art. 25a ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W postępowaniu nie wymagano innego dokumentu, w szczególności aktualnej informacji z KRK. Oświadczenie to jest w całości prawdziwe, nie zostało zakwestionowane przez Zamawiającego.

Nie zachodzą również inne przesłanki z art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jedyne prokurent ujawniony w KRS (S. K.) został odwołany przez prezesa zarządu przed upływem terminu składania ofert. Mijają się z prawdą twierdzenia Zamawiającego, iż Odwołujący „w żaden sposób nie odniósł się do wątpliwości Zamawiającego dotyczących prawomocnego skazania prokurenta”. Odwołujący, powołując się na powyższą okoliczność oraz załączając dokument stanowiący podstawę wygaśnięcia prokury, całkowicie uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego i rozwiął wszelkie wątpliwości co do braku podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie odnosi się do prokurenta wykonawcy, który został prawomocnie skazany za przestępstwo, o którym mowa w punkcie 13 art. 24 ust. 1. Skoro więc Odwołujący już na dzień składania ofert nie posiadał prokurenta, to nie może mieć w stosunku do niego zastosowanie przepis art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Bezzasadne jest kwestionowanie przez Zamawiającego faktu nieistnienia prokury, wprost wynikającego z przedstawionego oświadczenia prezesa zarządu spółki. Zgodnie z art. 109⁷ §

1 Kodeksu cywilnego prokura może być w każdym czasie odwołana. Prawo odwołania prokury uregulowano w art. 208 § 7 Kodeksu spółek handlowych, gdzie przyznano to uprawnienie każdemu z członków zarządu. Wpis do KRS ma charakter deklaratoryjny zarówno w przypadku udzielenia prokury, jak i jej wygaśnięcia, a skutek odwołania prokury powstaje z momentem dojścia tego oświadczenia do prokurenta, co, jak wynika z treści oświadczenia dołączonego przez Odwołującego, także nastąpiło 28 listopada 2016 r. Analiza załączonego do wyjaśnień oświadczenia o odwołaniu prokury nie powinna zatem budzić żadnych wątpliwości Zamawiającego co do odwołania prokury 28 listopada 2016 r. Zaś fakt, iż nastąpiło to przed godziną, w której mijał termin składania ofert, zgodnie potwierdzają prezes zarządu i były prokurent. Przesłanie Zamawiającemu 1 grudnia 2016 r. przez pracownika spółki umowy utrzymującej wskazanie S. K. jako prokurenta nie ma żadnego wpływu na bezskuteczność prokury i wynikało z niewiedzy o odwołaniu prokury.

W świetle powyższego wykluczenie Odwołującego z postępowania nie znajduje podstaw także w art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, co czyni odwołanie koniecznym i uzasadnionym.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu wskazał, że na potwierdzenie, iż Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymagał złożenia oświadczenia w trybie art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W postępowaniu zostały złożone 2 oferty. Obaj wykonawcy złożyli oświadczenia, że nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący do oferty załączył aktualny na 25 listopada 2016 r. wydruk z KRS, w którym S. K. wskazany jest jako prokurent samoistny spółki.

30 listopada 2016 r. Zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego wraz z prośbą do Odwołującego o podanie danych niezbędnych do przygotowania umowy, w tym m.in. o imię i nazwisko osoby uprawnionej do podpisania umowy.

1 grudnia 2016 r. Zamawiający otrzymał od Odwołującego informację, że osobami uprawnionymi do podpisania umowy jest K. P. – dyrektor oraz S. K. – prokurent. Wiadomość drogą elektroniczną wysłał M. C., który w imieniu Odwołującego złożył ofertę, dołączając do wiadomości (DW) ze strony wykonawcy K. P. oraz Pana S. K.

5 grudnia 2016 r., tj. na dzień przed podpisaniem umowy, Zamawiający otrzymał pismo od drugiego wykonawcy z informacją, że według jego wiedzy prokurent S. K. jest prawomocnie skazany za przestępstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych i w związku z tym firma nie może ubiegać się o udzielenie zamówienia

publicznego, a Zamawiający powinien wykluczyć tego wykonawcę z postępowania.

W związku z powyższym 6 grudnia 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia w zakresie braku podstaw do wykluczenia składanego na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie niepodlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych.

8 grudnia 2016 r. Odwołujący wyjaśnił, że 28 listopada 2016 r. prokurę odwołał, a zatem w dniu składania ofert S. K. nie był prokurentem. W załączeniu dołączył oświadczenie o odwołaniu prokury datowane na 28 listopada 2016 r.

Zamawiający, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykluczył Odwołującego z postępowania z powodu niewykazania braku podstaw do wykluczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych i dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty IT arte Sp. z o.o. Zamawiający uzasadnił swoją decyzję tym, że ze złożonych wyjaśnień nie wynika, że na dzień składania ofert wykonawca nie podlegał wykluczeniu, gdyż w treści wyjaśnień w żadnym stopniu nie odniósł się do wątpliwości Zamawiającego dotyczących prawomocnego skazania prokurenta firmy za przestępstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie dał wiary wyjaśnieniom wykonawcy, że na dzień składania ofert Odwołujący nie posiadał prokurenta w osobie S. K.. Powyższe wynikało chociażby z faktu, że 1 grudnia 2016 r. Zamawiający otrzymał wiadomość, w której wykonawca wśród osób uprawnionych do podpisania umowy z Zamawiającym wskazał S. K. jako prokurenta. (W związku z podejrzeniem o przedłożeniu nierzetelnego oświadczenia Zamawiający, na podstawie art. 304 § 2 Kodeksu postępowania karnego, 9 grudnia 2016 r., złożył też zawiadomienie na policję o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z art. 297 § 1 Kodeksu karnego.)

Co do złożonego odwołania – zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wyklucza wykonawcę, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wyklucza wykonawcę, którego urzędującego prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo wymienione w punkcie 13. Zatem Wykonawca powinien był wykazać albo, że w dniu składania ofert prokurenta nie miał, albo, że urzędujący prokurent nie został prawomocnie skazany za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca twierdzi, że prokurę odwołał 28 listopada 2016 r., a fakt odwołania prokury nastąpił przed godziną, w której mijał termin składania ofert. Nawet gdyby dać wiarę twierdzeniu, że prokura została odwołana (choć Zamawiający tę okoliczność kwestionuje),

to na dzień składania ofert, tj. 28 listopada 2016 r. S. K. i tak był prokurentem – być może tylko przez kilka godzin i bez znaczenia pozostaje okoliczność, o której godzinie nastąpiłoby odwołanie prokury, gdyż zgodnie z treścią art. 25a ustawy Prawo zamówień publicznych oświadczenia składane przez wykonawcę muszą być aktualne na dzień składania ofert, a nie na godzinę składania ofert.

Analiza okoliczności faktycznych niniejszej sprawy jednoznacznie wskazuje, że Odwołujący nie wykazał, że 28 listopada 2016 r. nie miał prokurenta. Stąd decyzja Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych była konieczna i uzasadniona.

W wyjaśnieniach przesłanych Zamawiającemu 8 grudnia 2016 r. Odwołujący nie odniósł się do wątpliwości Zamawiającego dotyczących prawomocnego skazania S. K. za przynajmniej jedno z przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Zamawiający na podstawie przesłanych wyjaśnień nie był i nadal nie jest w stanie stwierdzić, czy S. K. będący prokurentem wykonawcy był skazany za przestępstwo, które powoduje powstanie obowiązku wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Przy czym zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania braku podstaw do wykluczenia.

W ocenie Zamawiającego twierdzenie Odwołującego, jakoby odwołał prokurę, podniesione zostało jedynie na użytek postępowania, a odwołanie prokury nie jest prawdą, co więcej, zgodnie z wiedzą Zamawiającego, S. K. nadal jest prokurentem firmy. Argumentację Odwołującego stanowiącą próbę udowodnienia, że firma odwołała prokurę, należy uznać za niezgodną z prawdą.

Zamawiający podkreślił, że jeszcze 1 grudnia 2016 r. otrzymał od Odwołującego informację, iż jedną z osób uprawnionych do podpisania umowy jest S. K. – prokurent, a żadna z tych osób po stronie Odwołującego nie zakwestionowała poprawności informacji zawartej w powyższej wiadomości. Zdaniem Zamawiającego o odwołaniu prokury nie wiedział nie tylko M. C. (nie z powodu braku wiedzy), ale także sam prokurent S. K., ponieważ 28 listopada 2016 r. prokura nie została odwołana.

Powyższą okoliczność potwierdza także treść dokumentów (pełnomocnictwa), które Odwołujący złożył w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, z których wynika, że 30 listopada 2016 r. S. K. był w dalszym ciągu prokurentem firmy.

Powyższe oznacza, że Odwołujący próbuje wprowadzić w błąd Zamawiającego co do faktu odwołania prokury. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych. Twierdzenie, iż Zamawiający powinien uznać wyjaśnienia Odwołującego za wiarygodne, a tym samym uznać, że wykazał on, iż nie podlega wykluczeniu, prowadziłoby do sytuacji,

w której każdy nieuczciwy wykonawca w celu obejścia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych odwoływałby prokurentów lub członków zarządu na czas trwania postępowania, a cel ustawodawcy polegający na wykluczeniu z udziału w postępowaniu wykonawców nierzetelnych, niedających rękojmi prawidłowego wykonania zamówienia, nie zostałby osiągnięty.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami. Został on szczegółowo opisany powyżej, nie będzie więc powtarzany.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12-14 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania

o udzielenie zamówienia wyklucza się:

12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia,

13) wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

a) o którym mowa w art. 165a, art. 181-188, art. 189a, art. 218-221, art. 228-230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270-309 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie, b) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. –

Kodeks karny, c) skarbowe,

d) o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,

14) wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13.

Zamawiający wykluczył Odwołującego w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. ze względu na niewykazanie braku podstaw wykluczenia związanych z okolicznościami opisanymi w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazując, że Odwołujący nie przedstawił mu wyjaśnień w tym zakresie, których zażądał Zamawiający po otrzymaniu informacji o możliwości skazania prokurenta spółki za jedno z przestępstw wymienionych w przepisie.

W ocenie Izby działanie Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów.

W trakcie trwania postępowania przetargowego Odwołujący przekazał Zamawiającemu konkretne informacje dotyczące istnienia oraz osoby prokurenta spółki – zarówno w chwili składania ofert (w postaci wydruku z KRS z wymienioną osobą prokurenta oraz osobą tą figurującą na załączonym pełnomocnictwie jako mocodawca), jak i w późniejszej korespondencji dotyczącej osób uprawnionych do podpisania umowy. Informacje te zostały złożone oficjalnie w imieniu Odwołującego przez osobę uprawnioną do złożenia oświadczeń woli i wiedzy – pełnomocnika spółki.

Zdaniem Izby istotne jest, jakich informacji udzielono Zamawiającemu, a nie ma znaczenia, jaki był rzeczywisty stan wiedzy tej osoby o istnieniu w danej chwili prokurenta – jeśli w spółce brak było przepływu informacji pomiędzy zarządem a osobą, której powierzono składanie ofert, o tak istotnej kwestii, to jest to sprawa wewnętrzna i zaniedbanie ze strony spółki. I nawet jeśli założyć, że w dniu składania ofert pełnomocnik mógł jeszcze się nie dowiedzieć o fakcie odwołania tego dnia prokury, to dane podawane w ciągu następnych dni powinny już zostać skorygowane, tym bardziej, że także inne osoby ze spółki były informowane o wymienianej korespondencji (pole „DW” w przesyłanych mailach), więc z łatwością mogły się dowiedzieć, że Zamawiającemu przekazywane są nieaktualne informacje. Nie ulega wątpliwości, że – niezależnie od wewnętrznych okoliczności – wykonawca ponosi odpowiedzialność za informacje przekazane Zamawiającemu podczas postępowania przetargowego.

Co do samego faktu odwołania lub nieodwołania prokury 28 listopada 2016 r. – w obliczu zaistniałych okoliczności (informacji przekazywanych już po tym dniu zarówno samemu Zamawiającemu, jak i w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Ochrony Konkurencji

i Konsumentów), reakcję Zamawiającego, który nie dał wiary twierdzeniu o odwołaniu prokury, Izba uznała za racjonalną, gdyż podejrzenie, że przesłane 8 grudnia 2016 r. oświadczenie o odwołaniu prokury zostało antydatowane, narzuca się samo. W takich okolicznościach, zdaniem Izby, oświadczenie to, dla celów dowodowych, powinno cechować się datą pewną (niezależnie od skutków prawnych związanych z deklaratoryjnym charakterem wpisu do KRS, za taki dowód mógłby posłużyć np. wniosek o zmianę wpisu w KRS z datą prezentaty sądu pomiędzy 28 listopada a 6 grudnia 2016 r. – kiedy to sporna kwestia została podniesiona przez Zamawiającego). Dodatkowo, uznanie w takich okolicznościach, że prokura rzeczywiście została odwołana, mogłoby budzić uzasadnione wątpliwości innych wykonawców, co w sposób negatywny wpłynęłoby na postrzeganie postępowania jako przeprowadzonego z zachowaniem zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji.

Co do obowiązku udowodnienia Zamawiającemu, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania – Odwołujący ma rację w tym zakresie, że formalnym wymogiem w tym zakresie przy złożeniu oferty było oświadczenie wykonawcy, a Odwołujący takie oświadczenie złożył. Jednak jest to jedynie główny, a nie jedyny środek dowodowy, który, dodatkowo, nie mógłby zostać podważony. Należy tu podkreślić, że w sytuacji, gdy oświadczenia własne wykonawców są głównym formalnym środkiem mającym wykazać zdolność wykonawców do wykonania zamówienia, w tym spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, tym bardziej zamawiający, jak i sami wykonawcy muszą dbać o ich rzetelność.

W stosunku do złożonego oświadczenia zaistniały podejrzenia, że nie oddaje ono stanu faktycznego i Zamawiający poprosił o wyjaśnienia w tym zakresie – co było w tych okolicznościach działaniem zrozumiałym i naturalnym. Taka procedura, oparta o art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest często stosowana i samo złożenie wraz z ofertą oświadczenia nie zwalnia wykonawcy z obowiązku późniejszego wyjaśnienia kwestii, które budzą wątpliwości zamawiającego.

Owszem, w przypadku braku wyjaśnień nie ma takich ustawowych konsekwencji, jak wyrażone wprost w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale wykonawca musi zdawać sobie sprawę, że jeśli takich wyjaśnień nie złoży albo nie będą one wystarczające i przekonujące, to Zamawiający może podjąć w stosunku do niego niekorzystną decyzję, m.in. właśnie w postaci stwierdzenia braku udowodnienia wymaganych okoliczności.

Odwołujący został zapytany wprost o kwestię karalności lub niekaralności wskazanego w KRS prokurenta i do tej kwestii w ogóle się nie odniósł, a udzielonej odpowiedzi o odwołaniu prokury Zamawiający – nie bez uzasadnienia – nie dał wiary uznając, że Odwołujący próbuje wprowadzić go w błąd co do faktu odwołania prokury. Tym samym

z punktu widzenia Zamawiającego zaistniała okoliczność wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ma tu rację Zamawiający, który podkreśla, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania braku podstaw do wykluczenia.

Zasadniczo Zamawiający, nie akceptując udzielonej odpowiedzi, mógłby powtórnie poprosić odwołującego o wyjaśnienia wskazując na ten fakt, jednak nie było to jego obowiązkiem, a prosząc o wyjaśnienia Zamawiający zadał konkretne pytanie. Ma też rację Zamawiający stwierdzając, iż Odwołujący „do tej pory”, czyli nawet w postępowaniu odwoławczym, nie wyjaśnił kwestii karalności, zatem kontynuowanie wyjaśnień niekoniecznie przyniosłoby efekt, a brak danych, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest tym bardziej widoczny. Odwołujący co prawda przedstawił kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego, ale została ona udzielona 9 września 2016 r., zatem istnieje luka czasowa, w trakcie której skazanie mogło nastąpić i zostać w KRK ujawnione, a Odwołujący nie złożył konkretnego oświadczenia w tym zakresie (choć należy tu podkreślić, że Izba oceniała działanie Zamawiającego podjęte w oparciu o informacje uzyskane podczas postępowania przetargowego).

Przy tym należy zauważyć, że Zamawiający nie zdecydował się na wykluczenie Odwołującego z przyczyn wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 13-14, czy też art. 24 ust. 1 pkt 16-17 ustawy Prawo zamówień publicznych (dotyczących złożenia nieprawdziwych informacji), które wymagałyby od niego udowodnienia zaistnienia tych okoliczności – niewątpliwie z tego powodu, że nie uzyskał w tym zakresie dostatecznych informacji – którą to okoliczność zresztą wskazał Odwołującemu jako wadę działania po jego stronie, a która, w świetle art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, również stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania (w praktyce zresztą częściej występującą niż pozostałe powyżej wskazane). Tym samym nie ma zastosowania instytucja tzw. *self-cleaningu*, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, a która odnosi się do art. 24 ust. 1 pkt 13-14, 16-20 oraz art. 24 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest to o tyle oczywiste, że art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się nie tyle do zaistnienia okoliczności nietolerowanych przez ustawodawcę, co braku o nich informacji.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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).

Przewodniczący: