

**Sygn. akt: KIO 2552/18**

**WYROK**  
**z dnia 28 grudnia 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2018 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2018 roku przez wykonawcę MAGRA W. & Wspólnicy spółka jawna z siedzibą w Rybniku

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Prokuraturę Okręgową w Katowicach

**orzeka**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę MAGRA W. & Wspólnicy spółka jawna z siedzibą w Rybniku i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MAGRA W. & Wspólnicy spółka jawna z siedzibą w Rybniku tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od wykonawcy MAGRA W. & Wspólnicy spółka jawna z siedzibą w Rybniku na rzecz Zamawiającego Miasto Gliwice kwotę 3 600 gr 00 (słownie: cztery tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Prokuratura Okręgowa w Katowicach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą Usługa dzierżawy kserokopiarek dla potrzeb Prokuratury Okręgowej w Katowicach i podległych jej Prokuratur Rejonowych

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień publicznych 13 września 2018 roku pod numerem 616596-N-2018.

10 grudnia 2018 roku działając na podstawie art. 180 ust. 4 w zw. z art. 179 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 ustawy przez bezzasadne wezwanie do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i bezpodstawne uznanie jego oferty za odrzuconą;
- 3) art. 46 ust. 4a ustawy przez bezpodstawne zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego;
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy przez bezzasadne unieważnienie postępowania.

Odwołujący wniósł o: (1) nieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania, (2) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, (3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy zwrotu kosztów poniesionych w postępowaniu odwoławczym wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę ponieważ działanie Zamawiającego polegające na wadliwej interpretacji złożonych przez Odwołującego dokumentów stanowiło podstawę do nieuprawnionego wezwania do ich uzupełnienia, a w następstwie doprowadziło do wykluczenia Odwołującego, uznania jego oferty za odrzuconą i w konsekwencji unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, że w Sekcji III.2) Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przewidział wszystkie przesłanki obligatoryjne jak i fakultatywne wykluczenia z udziału w postępowaniu. Odpowiednio w Sekcji III.4) *Wykaz oświadczeń i dokumentów, składanych przez wykonawcę w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp* Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia żąda jedynie przedstawienia:

- 1) Odpisu z właściwego rejestru lub 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. 5 pkt 1 ustawy;
- 2) 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, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Analogiczne postanowienia w zakresie wymaganych dokumentów zostały zawarte w Rozdziale V pkt 7 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W dniu 5 listopada 2018 r. Odwołujący został wezwany, na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. W wezwaniu Zamawiający powtórzył katalog dokumentów określony wcześniej w Ogłoszeniu o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie Odwołujący przedstawił wymagane oświadczenia i dokumenty przedstawiając m.in. Informacje z Krajowego Rejestru Karnego zarówno dla każdego ze wspólników spółki jawnej jak również dla spółki jako podmiotu zbiorowego.

Odwołujący zwracając się do Punktu Informacyjnego KRK o wydanie informacji wymaganych przez Zamawiającego, w odniesieniu do sprawdzenia wspólników spółki jawnej, wskazał w pkt 11 Zapytania KRK (*Wskazanie postępowania, w związku z którym zachodzi potrzeba uzyskania informacji o osobie*) ustawę Prawo zamówień publicznych oraz szczegółowo wpisał art. 24 ust. 1 pkt 13-14 ustawy, jednakże w pkt 13 Zapytania KRK (*Zakres danych, które mają być przedmiotem informacji o osobie*) nie sprecyzował zakresu tych informacji, a zatem wspólnicy spółki jawnej podlegali sprawdzeniu w zakresie całej Kartoteki Karnej.

Informacje wydane przez Punkt Informacyjny Krajowego Rejestru Karnego zawierały odpowiednio adnotację:

- NIE FIGURUJE W KARTOTECE PODMIOTÓW ZBIOROWYCH KRAJOWEGO REJESTRU KARNEGO - w odniesieniu do spółki jawnej jako podmiotu zbiorowego

oraz

- NIE FIGURUJE W KARTOTECE KARNEJ KRAJOWEGO REJESTRU KARNEGO - w doniesieniu do każdego z dwóch wspólników spółki jawnej.

W dniu 10 listopada 2018 r. Zamawiający nie uznając przedstawionych dokumentów za prawidłowe to znaczy za wystarczająco potwierdzające brak podstaw do wykluczenia Wykonawcy wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wskazując, że przedstawione dotychczas przez Wykonawcę dokumenty nie zawierają pełnego żądanego przez zamawiającego zakresu. Zamawiający zażądał uzupełnienia dokumentów o Informację z Krajowego Rejestru Karnego zawierającą informację o braku podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy. Odwołujący ponownie udał się do Punktu Informacyjnego KRK, gdzie wyjaśniono mu, że ponieważ w pierwotnym zapytaniu w ogóle nie wskazał danych, które mają zostać sprawdzone wspólnicy, których dotyczyła Informacja KRK zostały sprawdzone w całej kartotece karnej, z tytułu skazania za jakiegokolwiek przestępstwo. W związku z uporem Zamawiającego Odwołujący uzyskał informację, że dopisując w pkt 11 Zapytania KRK wyrażenie: art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6, informacja nadal pozostanie aktualna, gdyż zakres zapytania/sprawdzenia obejmuje całą Kartotekę Karną.

W dniu 19 listopada 2018 r. Odwołujący przesłał Zamawiającemu ponownie te same Informacje z Krajowego Rejestru Karnego zawierające w pkt 11 Zapytania KRK dopisaną adnotację: *art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6*. Zamawiający zażądał jeszcze przedstawienia oryginałów Informacji z KRK, a następnie w dniu 5 grudnia 2018 r. przekazał Odwołującemu zawiadomienie wykluczeniu go z postępowania podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą oraz informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 list. 1 pkt 1 ustawy, gdyż, zdaniem zamawiającego, nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania Odwołujący podał, że w celu wykazania nieprawidłowości w zakresie czynności podjętych przez Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, należy dokonać analizy obowiązujących przepisów poczynsży od uregulowań SIWZ. Zgodnie z przepisami SIWZ należy traktować w sposób kompleksowy, przyjmując, iż na jej gruncie jednakowym pojęciom nadaje się taką samą treść, chyba, że co innego wprost wynika z jej treści. SIWZ jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne - z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś - granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Zamawiającemu nie wolno oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w Ogłoszeniu o zamówieniu i

SIWZ zasad i wymagań, co stanowi gwarancję zachowania wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie w odniesieniu do wyartykułowanych w Ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ wymagań Zamawiającego, w tym w odniesieniu do sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu zdefiniowanych w Ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.

Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu oraz określając podstawy, które będą skutkować wykluczeniem Wykonawcy ma obowiązek zarówno w Ogłoszeniu o zamówieniu jak i w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazać szczegółowo dokumenty i oświadczenia, których dostarczenie będzie satysfakcjonujące dla Zamawiającego i pozwoli na uznanie, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu z tegoż postępowania. Zamawiający opisując swoje wymagania, w tym zakresie, związany jest jednakowoż powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016r. poz. 1126 - dalej jako Rozporządzenie Ministra Rozwoju), jak również Rozporządzeniem Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 16 października 2018 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1993 - dalej jako Rozporządzenie Ministra Przedsiębiorczości).

W zakresie potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z art. 25 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Zamawiający powinien zażądać od Wykonawcy:

- oświadczenia 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 ustawy oraz Informacji z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (§5 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju),
- oświadczenia 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 6 ustawy oraz Informacji z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 6 Ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (§5

pkt 7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju) [tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 października 2017 r. (KIO 2136/17)].

Zamawiający zamieszczając Ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ zażądał jedynie Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie podstaw określonych w art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy. O ile Wykonawca ma obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, to jest on zobligowany przedłożyć wyłącznie dokumenty w zakresie opisanych przez Zamawiającego w SIWZ warunków udziału w postępowaniu, które zostały opisane w sposób jednoznaczny wyczerpujący z przypisaniem im wymaganych na potwierdzenie spełnienia dokumentów, jakie winny zostać złożone. Odwołujący, czyniąc zadość oczekiwaniom Zamawiającego, na skierowane wezwanie do złożenia dokumentów przekazał Zamawiającemu wszystkie wymagane i opisane przez Zamawiającego dokumenty, które zgodnie z wolą Zamawiającego miały potwierdzić, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

Błędne w ocenie Odwołującego jest twierdzenie Zamawiającego, że Zapytanie skierowane do KRK nie zawierało całego wymaganego przez Zamawiającego zakresu. Zapytanie o osobie skierowane do KRK i obejmujące obu współników spółki jawnej zawierało nie tylko cały zakres wymagany przez Zamawiającego, ale nawet zawierało informacje, których Zamawiający nie wymagał, gdyż pkt 13 Zapytania Wykonawca nie określił żadnego zakresu danych, które mają być przedmiotem informacji, a zatem współnicy spółki jawnej zostali sprawdzeni w zakresie całej Kartoteki Karnej. Podobne stanowisko zajął Urząd Zamówień Publicznych w opinii „Wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówieni publicznych wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp z tytułu prawomocnego skazania za przestępstwo przeciwko środowisku”. W opinii tej Urząd wyraźnie stwierdza: (...) *w każdym przypadku, gdy dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wniosek, nie są zgromadzone w Rejestrze, informacji z Rejestru udziela się w sposób określony w §11 ust. 2 nor. rozporządzenia poprzez zwrot zapytania lub wniosku z adnotacją „NIE FIGURUJE”. W takim przypadku informacja z Rejestru potwierdza, że osoba, której dotyczy zapytanie lub wniosek, w ogóle nie figuruje w Rejestrze, z tytułu skazania za jakiegokolwiek przestępstwo (...) informacja udzielona na formularzu, o którym mowa w 10 pkt 2 nur. rozporządzenia, zawierająca adnotację „Nie figuruje w Kartotece Karnej w podanym zakresie ” odnosi się wyłącznie do zakresu danych zawartych w zapytaniu lub wniosku. Takie potwierdzenie braku karalności odnosi się zatem jedynie do przestępstw wskazanych w zapytaniu lub wniosku. Tym samym taka informacja z Rejestru nie potwierdza braku karalności za inne przestępstwa nie wskazane w zapytaniu lub wniosku.*

Odwołujący nie określił zakresu danych, które mają być przedmiotem sprawdzenia, a Punkt Informacyjny KRK wydał Informację z adnotacją: NIE FIGURUJE W KARTOTECE KARNEJ

KRAJOWEGO REJESTRU KARNEGO - w doniesieniu do każdego z dwóch wspólników spółki jawnej, to informacja ta obejmuje również czyny wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy i spełnia zadość wymaganiom Zamawiającego w zakresie dokumentów, które miał obowiązek przedstawić Wykonawca. Niezasadne w ocenie Odwołującego było wezwanie do uzupełnienia dokumentów, które znajdowały się już w posiadaniu Zamawiającego i tym bardziej bezpodstawne było zastosowanie wobec Odwołującego sankcji z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

W zakresie bezpodstawnego w ocenie Odwołującego zatrzymania wadium oraz unieważnienie postępowania wskazał, że art. 46 ust. 4a ustawy ma charakter na tyle restrykcyjny, że Zamawiający nie może w żadnym przypadku interpretować go w sposób rozszerzający. Na bezzasadne, w niniejszej sprawie, wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów Wykonawca jednak odpowiedział przekazując Zamawiającemu informacje z KRK kolejny raz potwierdzające, że nie podlega on wykluczeniu z podstaw wskazanych przez Zamawiającego. Spełnił żądanie Zamawiającego, w terminie wskazanym przez Zamawiającego i przekazał dokumenty wymagane przez Zamawiającego, a zatem brak domniemany przez Zamawiającego obowiązek zatrzymania wadium nie wystąpił. W zakresie możliwości zatrzymania wadium warto odwołać się do opinii Urzędu Zamówień Publicznych w której wskazano, że *obowiązek Zamawiającego zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy PZP nie zachodzi w przypadku, gdy niezłożenie przez wykonawcę żądanych przez zamawiającego dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP było następstwem okoliczności, na które obiektywnie rzecz ujmując, przy dochowaniu należytej staranności, wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Tak więc podstawa do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy PZP zachodzi wyłącznie w przypadku zawinionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę. W postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, taka sytuacja nie występuje. Wykonawca przedstawił wszystkie wymagane przez Zamawiającego i opisane w Ogłoszeniu oraz S1WZ dokumenty, do przedstawienia żadnych innych nie był ani zobowiązany ani uprawniony. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji bezpodstawnego działania Zamawiającego. Podejmowane przez Zamawiającego czynności: wykluczenie Odwołującego, odrzucenie złożonej przez niego oferty, unieważnienie postępowania nie tylko podejmowane były z rażącym naruszeniem przepisów ustawy, ale nie miały żadnego logicznego uzasadnienia i naraziły Odwołującego na stratę zarówno w zakresie *lucrum cessans* w postaci nieudzielenia zamówienia, jak i *damnum emergens* w postaci bezpodstawnego zatrzymania wadium.*

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 grudnia 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.



Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu jak również stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 21 grudnia 2018 roku „Odpowiedź na odwołanie”.

VI.

W zakresie zarzutów odwołania:

1. W zakresie zarzutu naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy przez bezpodstawne zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego oraz naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy przez bezzasadne unieważnienie postępowania – Izba stwierdziła, że nie ma podstawy do rozpoznania tych zarzutów.

Brak podstawy do rozpoznania ww. zarzutów wynika z tego, że zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy - w brzmieniu po nowelizacji z 22 czerwca 2016 roku - Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy. Tym samym dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy ma charakter wyjątku od zasady. W przeciwieństwie do postępowań powyżej progów, w przypadku postępowań „podprogowych” zasadą jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 ustawy słowo „wyłącznie”. Dlatego też wyłącznie w zakresie przesłanek określonych we wskazanym możliwe jest podnoszenie zarzutów podlegających rozpoznaniu, inne nie mogą być rozpoznawane.

W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano wyraźnie, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ustawodawca nie zdecydował o zniesieniu różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach „nadprogowych” i postępowaniach poniżej progów. Skoro zatem katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje nadal ma charakter wyjątku od zasady, to wyjątków nie można interpretować rozszerzająco. Tym samym podnoszone przez Odwołującego zarzuty naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy przez bezpodstawne zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego oraz naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy przez bezzasadne unieważnienie postępowania nie mieszczą się w zakresie przesłanek określonych w art. 180 ust. 2 ustawy.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 192 ust 1 ustawy Izba rozpoznając odwołanie merytorycznie – czyli po rozpoznaniu zarzutów odwołania na rozprawie – wydaje wyrok w zakresie uwzględnienia bądź oddalenia odwołania, natomiast wydając orzeczenie niemerytoryczne – dotyczące odrzucenia odwołania bądź umorzenia postępowania odwoławczego – Izba wydaje postanowienie. W obowiązujących przepisach nie ma regulacji dotyczących częściowego odrzucenia bądź umorzenia w odniesieniu do niektórych zarzutów odwołania – rozpoznaniu podlega odwołanie i w przypadku, gdy choć jeden zarzut podlega pod rozpoznanie merytoryczne Izba wyda wyrok. Natomiast w zakresie zarzutów, które nie mogą być rozpatrywane np. ze względu na uchybienie terminu do ich wniesienia czy też, tak

jak w przedmiotowym przypadku, z uwagi na niezgodność z dopuszczonymi przesłankami Izba nie poddaje ich pod rozpoznanie merytoryczne jednocześnie wskazując taką okoliczność w uzasadnieniu orzeczenia. Gdyby bowiem podniesione były tylko takie zarzuty, to odwołanie podlegałoby odrzuceniu, natomiast podniesienie również zarzutów podlegających rozpoznaniu zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy nie pozwala na odrzucenie odwołania.

2. W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy przez bezzasadne wezwanie do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia oraz naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i bezpodstawne uznanie jego oferty za odrzuconą – Izba zarzuty uznała za niezasadne.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający jednoznacznie określił, że na wezwanie wykonawca jest w zobowiązany złożyć 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, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający zawarł uzasadnienie podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w piśmie z dnia 5 grudnia 2018 roku. W uzasadnieniu stanowiska Zamawiający wskazał, że wykluczenie wykonawcy z postępowania nastąpiło na skutek nieprzedstawienia Zamawiającemu informacji z Krajowego Rejestru Karnego w pełnym wymaganym zakresie. Zamawiający poczynił również uzasadnienie prawne.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy przeprowadził badanie dokumentów przedstawionych przez Odwołującego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy (z dnia 5 listopada 2018 roku) oraz w sposób prawidłowy wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy (z dnia 16 listopada 2018 roku) do uzupełnienia wymaganych i określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) oraz wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu dokumentów tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla wspólników spółki jawnej w zakresie określonym w art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6.

Stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 21 grudnia 2018 Izba w pełni podziela. Stanowisko to również zgodne jest z argumentacją poczynioną przez Zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zaznacza, że Informacja z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie każdego ze współników, a przedstawiona przez Odwołującego tj. spółkę jawną, nie zawierała pełnego zakresu informacji wymaganych przez Zamawiającego – nie zawierała tego zakresu Informacja przedstawiona na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy, jak również Informacja przedstawiona w uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

Podkreślić należy, że zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 10 a ustawy z dnia 24 maja 2000 roku o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. z 2018 poz. 1218) spółka handlowa – w tym wypadku wykonawca, który składał zapytanie w odniesieniu do współników spółki – nie jest z mocy ustawy uprawniona do uzyskania pełnej informacji co do karalności współników spółki. Ww. przepis zezwala na zapytanie o karalność organów, współników lub prokurentów takich spółek tylko w przypadkach, gdy z przepisów wynika wymóg niekaralności wymienionych wcześniej osób. Dlatego też podanie przez spółkę w Zapytaniu, w punkcie 11 *Prawo zamówień publicznych oraz szczegółowo wpisał art. 24 ust. 1 pkt 13-14 ustawy* ogranicza zakres informacji do treści tego zapytania. Podkreślić należy, że zgodnie z treścią ww. przepisu ustawy KRK nie jest możliwe wniesienie Zapytania o nieograniczonym zakresie, tak jak chciałby tego Odwołujący, co miałyby nastąpić przez niewskazanie tego zakresu, bądź częściowe wskazanie. Przepisy przewidują, że w przypadku, gdy Zapytanie składa spółka handlowa to musi ona określić zakres tego Zapytania, natomiast gdy tego nie uczyni – nie poda żadnego zakresu – wzywana jest do uzupełnienia braku formalnego wniosku. Tym samym określenie zakresu Zapytania kierowanego przez spółkę handlową jest niezbędne i jedynie w zakresie jaki został przez spółkę handlową wskazany w Zapytaniu udzielana jest Informacja. W rozpoznawanym przypadku rzecz dotyczy Informacji z KRK dla współników spółki jawnej, przy czym Zapytania składane były przez spółkę jawną reprezentowaną przez swojego przedstawiciela. Określenie skonkretyzowanego zakresu informacji w Zapytaniu spółki jawnej powodowało, że, po pierwsze - w świetle przepisów ustawy KRK informacja mogła zostać udzielona i po drugie - udzielona została informacja co do tego właśnie zakresu. Słusznie podał Zamawiający, że gdyby Informacja z KRK przedstawiona przez Odwołującego dla współników składając ich osobiste wnioski o udzielenie informacji (art. 7 ust. 1 ustawy KRK) to w przypadku nieoznaczenia zakresu informacji, adnotacja na wniosku dotyczyłaby całości wpisów w Rejestrze. Natomiast dokumenty złożone przez Odwołującego – spółkę jawną na Zapytanie spółki jawnej o współników tej spółki odnosi się tylko i wyłącznie do danych podanych w Zapytaniu czyli - *Prawo zamówień publicznych oraz szczegółowo wpisał art. 24 ust. 1 pkt 13-14 ustawy*. Izba wskazuje, że istotą jest podanie zakresu Zapytania, natomiast jego umiejscowienie w punkcie 11 czy też 13 składanego przez spółkę Zapytania oceniane jest przez przyjmującego Zapytanie. Skoro Zapytanie to nie było uzupełniane w procedurze usuwania braków formalnych (art. 19 ust.4 w zw. ust.2, 2a, 2c ustawy KRK), co byłoby niezbędne i konieczne, gdyby Zakres nie został

określony, to oznacza to, że przyjmujący Zapytanie uznał, że istotne jest wskazanie zakresu a nie jego samo techniczne wpisanie w punkcie 11 czy 13 Zapytania.

W ocenie Izby Informacja z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 8 listopada 2018 roku, w odniesieniu do każdego z dwóch wspólników spółki jawnej, że „Nie figuruje w Kartotece Karnej Krajowego Rejestru Karnego” dotyczyła jedynie zakresu - *Prawo zamówień publicznych oraz szczegółowo wpisał art. 24 ust. 1 pkt 13-14 ustawy*. Tym samym nie potwierdzała ta Informacja niekaralności wspólników za czyny wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy. Dokonywanie dalszych adnotacji przez Odwołującego – przedstawiciela spółki, pełnomocnika czy też pracownika spółki na treści dokumentu uzyskanej Informacji z KRK, po jej uzyskaniu, wydaniu przez KRK, pozostaje prawnie irrelewantne przy ocenie niekaralności wspólników za czyny, do których odwołuje się art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy. Jednocześnie wyjaśnienie Odwołującego, że dokonana poprawa treści dokumentów w dniu 19 listopada 2018 roku przez dopisanie na Informacji wydanej przez KRK 8 listopada 2018 roku treści *Art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6*, która poczyniona była za zgodą pracownika KRK (pismo Odwołującego z dnia 22 listopada 2018 roku - w aktach sprawy) wydaje się być wynikiem wzajemnego niezrozumienia osób wyjaśniających te kwestie.

Brak uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 3 ustawy Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w wymaganym zakresie nie może być już ponownie uzupełniany, tym samym ocena dokumentów złożonych przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego została dokonana przez Zamawiającego prawidłowo. Prawidłowo został zastosowany art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy i Odwołujący prawidłowo został wykluczony z postępowania.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna

z wymaganiami Zamawiającego, które to Zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania. To zadaniem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami SWIZ – tak też było w przypadku oświadczenia 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, które zawarte było w Załączniku nr 2 do SWIZ obejmując zarówno wszystkie obligatoryjne jak i fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawców. Zamawiający winien jest dokonać oceny złożonej oferty oraz dokumentów – stwierdził poprawność złożonego oświadczenia lecz brak informacji z KRK dla wspólników spółki jawnej w zakresie określonym SWIZ. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują.

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. 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. z 2018 r. poz. 972)

**Przewodniczący:** .....