

Sygn. akt: KIO/UZP 229/09

WYROK
z dnia 11 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 10 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum Firm: DRILLING MS Sp. z o.o., Minova Ekochem S.A., Chorzowskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Sp. z o.o., 33-340 Wolbrom, Łobzów 163** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanka** protestu ~~protestów~~* z dnia 6 lutego 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Geo-Wiert S.C., 43-417 Kaczyce, ul. Morcinka 7c** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum Firm: DRILLING MS Sp. z o.o., Minova Ekochem S.A., Chorzowskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Sp. z o.o., 33-340 Wolbrom, Łobzów 163**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum Firm: DRILLING MS Sp. z o.o., Minova Ekochem S.A., Chorzowskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Sp. z o.o., 33-340 Wolbrom, Łobzów 163,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum Firm: DRILLING MS Sp. z o.o., Minova Ekochem S.A., Chorzowskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Sp. z o.o., 33-340 Wolbrom, Łobzów 163.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie wzmocnienia obudowy i izolacji chodnika wodnego 5 na poziomie 960 m w kopalni Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. poprzez zastosowanie betonu natryskowego, zostało wszczęte przez Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Bogdanka, 21-013 Puchaczów *zwanego dalej: „Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 224 - 298530 w dniu 18.11.2008 r.

W dniu 30.01.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zgodnie z art. 92 oraz art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), *zwanej dalej: „Pzp”* zawiadomienie o wyborze oferty firmy: Przedsiębiorstwo

Geo-Wiert S.C., ul. Morcinka 7c, 43-417 Kaczyce zwanej dalej: „Przedsiębiorstwo Geo-Wiert S.C.” albo „Przystępującym”.

Ponadto, poinformował o wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty m. in. KONSORCJUM FIRM: 1) DRILLING MS Sp. z o.o., Łobzów 163,32-340 Wolbrom; 2) Minova Ekochem S.A., ul. Budowlana 10, 41-100 Siemianowice Śląskie; 3) Chorzowskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Sp. z o.o., ul. Kościuszki 31,41-500 Chorzów, którego liderem jest DRILLING MS Sp. z o.o. zwanego dalej: „Konsorcjum DRILLING MS” albo „Protestującym” albo „Odwołującym”

Zamawiający wskazał, iż w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawca, zgodnie z wymaganiami zawartymi w Części I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” Rozdz. VI pkt 1 ust. 4, winien złożyć „Aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.” Członek Konsorcjum - Chorzowskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Sp. z o.o. z Chorzowa złożył w/w. informacje (...) dla dwóch członków Zarządu, tj. Panów Wróblewski Ryszard i Wywiół Krzysztof. Brak jest natomiast jak stwierdził Zamawiający, informacji dotyczącej wymienionej w aktualnym odpisie z Rejestru Przedsiębiorców Pani Małgorzaty Rosińskiej - Zastępcy Prezesa Zarządu.

Ponadto, podniósł, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawca, zgodnie z wymaganiami zawartymi w Części I SIWZ Rozdz. VI pkt 1 ust. 8 winien złożyć „Polisą lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Kwota ubezpieczenia nie powinna być niższa od wartości oferty netto.” Zgodnie z dyspozycją zawartą w Rozdz. VII pkt 4 SIWZ w/w. dokument winien złożyć każdy z Wykonawców występujących wspólnie. Członek Konsorcjum - DRILLING MS Sp. z o.o. z Łobzowa złożył wraz ofertą jedynie ofertę ubezpieczenia złożoną Wykonawcy przez Ergo Hestię S.A., nie przedstawił zaś żadnego dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności.

W związku z powyższym, Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Wykonawcę do uzupełnienia w/w. dokumentów potwierdzających spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca, w odpowiedzi nadesłał:

- 1) Informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 Pzp, wystawioną w dniu 20.01.2009 r. dla Pani Małgorzaty Rosińskiej - Zastępcy Prezesa Zarządu Chorzowskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Sp. z o.o. oraz
- 2) aktualną polisę OC Członka Konsorcjum - DRILLING MS Sp. z o.o.

Zamawiający stwierdził, iż uznał za prawidłową, złożoną w ramach uzupełnienia dokumentów polisę OC i w związku z powyższym spełnianie przez KONSORCJUM

DRILLING MS warunków określonych w tym zakresie w SIWZ, natomiast, biorąc pod uwagę regulacje art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający uznał, że złożona Informacja z Krajowego Rejestru Karnego dotycząca Pani Małgorzaty Rosińskiej nie spełnia wymogów ustawowych dla tego typu dokumentów. Art. 26 ust. 3 Pzp określa, że złożone przez Wykonawcę dokumenty i oświadczenia powinny potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert (termin składania ofert - 06.01.2009 r., informacja z KRK zawiera informację na temat Pani Małgorzaty Rosińskiej na dzień 20.01.2009 r.).

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający, stwierdził, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, wykluczył Wykonawcę KONSORCJUM DRILLING MS z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 4 Pzp uznał ofertę tego Wykonawcy za odrzuconą.

W dniu 06.02.2009 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie przepisu art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i 2 Pzp KONSORCJUM DRILLING MS złożyło protest na czynności i zaniechania Zamawiającego polegające na:

1. W zakresie badania ofert - poprzez przyjęcie, że Protestujący podlega wykluczeniu, a w efekcie oferta podlega odrzuceniu,
2. W zakresie oceny ofert - poprzez przyjęcie, że oferta Protestującego nie podlega punktacji (ocenie) ofert,
3. W wyniku powyższego dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

W tym stanie rzeczy Protestujący wnosił o:

1. powtórzenie czynności badania ofert - w następstwie, której nastąpi przywrócenie naszej oferty do postępowania, jako że nie zachodzą przesłanki wykluczenia Protestującego i odrzucenia jego oferty,
2. powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do wszystkich ważnych ofert, w tym oferty Protestującego,
3. równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz zasad uczciwej konkurencji,
2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez wykluczenie Protestującego, który złożył kompletną ofertę i stosowne oświadczenia w drodze uznania że złożył on nieprawdziwe informacje,

3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty, której treść nie przemawiała za tym iż Wykonawca podlega odrzuceniu,

4. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybranie oferty, która nie jest najkorzystniejsza.

Konsorcjum DRILLING MS wskazało, iż ma interes prawny, gdyby bowiem Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów Pzp, jego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Protestujący stwierdził, iż badanie i ocena ofert zostały dokonane z obrażą zapisów Pzp. Odnosząc się do zarzutów Protestujący stwierdził, iż dotyczą następujących czynności Zamawiającego:

Po pierwsze, badania ofert. Wskazał, iż spełnia wszelkie warunki udziału w postępowaniu i nie podlega regulacji art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – instytucji wykluczenia. Podniósł, że jego oferta nie jest niezgodna z ustawą, a jej treść odpowiada SIWZ, jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, nie zawiera błędu w obliczeniu ceny oferty, nie posiada oczywistych omyłek rachunkowej nie dających się poprawić, wyrażamy zgodę na poprawienie omyłek, nie zawiera rażąco niskiej ceny i jest ważna na podstawie odrębnych przepisów. Spełnia wszystkie warunki danego postępowania. Ponadto, oferta jest ważna gdyż zawiera wszystkie załączniki wskazane w zaproszeniu do złożenia oferty zwłaszcza w zakresie dokumentów potwierdzających oraz względem opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający niesłusznie stawia zarzut, że nie uzupełniono informacji z KRK. Wprawdzie przedstawiono wydaną informację z dnia 20.10.2009 r., ale jest to jedyna Informacja jaką Lider konsorcjum może na podstawie posiadanych upoważnień z tego rejestru uzyskać. Nie wydaje się zaświadczeń z inną datą niż data złożenia wniosku, a więc w przypadku wezwania do uzupełnienia najwcześniejszą możliwą datą jest data otrzymania wezwania. Zgodnie z art. 19 ustawy z dnia 24.05.2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (tekst jednolity: Dz. U. z 2008 r. Nr 50, poz. 292) zwanego dalej: „ustawą o KRK”: „informacji o osobie na podstawie zgromadzonych w Rejestrze danych osobowych udziela się na zapytanie podmiotów wymienionych w art. 6 ust. 1 lub na wniosek osoby, o której mowa w art. 7 ust. 1. Zapytanie o udzielenie informacji o osobie powinno zawierać:

- 1) nazwisko, w tym także przybrane, imiona, nazwisko rodowe, datę i miejsce urodzenia, imiona rodziców, nazwisko rodowe matki, miejsce zamieszkania, obywatelstwo oraz numer PESEL osoby, której zapytanie dotyczy,
- 2) określenie rodzaju i zakresu danych o osobie, które mają być przedmiotem informacji,
- 3) wskazanie postępowania, w związku z którym zachodzi potrzeba uzyskania danych o osobie,
- 4) nazwę podmiotu kierującego zapytaniem,
- 5) datę wystawienia,
- 6) podpis sędziego, prokuratora albo uprawnionej osoby lub organu podmiotu kierującego zapytaniem”.

Protestujący stwierdził, iż fakt wydania informacji z datą wydania nie oznacza, iż nie jest spełniony stan, o którym mówią przepisy ustawy. Zaświadczenie z dnia 20.01.2009 r. stwarza fikcję prawną, iż osoba ta nigdy nie była karana. Spełnione więc są wymogi z art. 24 Pzp. Nadto zgodnie z przepisami prawa wskazano w zaświadczeniu na jaki dzień stwierdza ten stan i dla jakich potrzeb. Informacja jest wydawana stosownie do wskazanego wnioskiem zakresu, a on obejmował dzień składania ofert.

Powyższe potwierdzają również, jak wskazał, zapisy § 7 - 9 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7.11.2003 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. z 2003 r., Nr 198, poz.1930 z późn. zm.) zwanym dalej: „rozporządzeniem w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w KRK”. Tym samym brak jest podstaw faktycznych do wykluczenia i odrzucenia oferty Protestującego (art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp).

Po drugie, oceny ofert. Protestujący uznał, iż jego oferta podlega rozpatrywaniu i jest ważna z przyczyn wskazanych powyżej i tym samym powinna brać udziału w punktacji (rankingu ofert), zmierzającym do wyłonienia najkorzystniejszej oferty.

Po trzecie, wadliwego wskazania oferty najkorzystniejszej. Protestujący stwierdził, iż wskazane wyżej czynności Zamawiającego naruszają jego interes prawny, gdyż jego oferta ważna nie była rozpatrywana na równi z innymi ofertami i została niesłusznie odrzucona. Zamawiający jej nie rozpatrywał i nie ocenił, co doprowadziło do wadliwej punktacji oferty najkorzystniejszej. Narusza to zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, mogących zrealizować dane zamówienie publiczne zgodnie z prawnymi wymogami Zamawiającego oraz narusza zasadę obiektywizmu i bezstronności.

Ponadto, Protestujący podniósł, że z chwilą wejścia do Unii Europejskiej (UE) z dniem 01.05.2004 r., władze Polski zobowiązały się do stosowania dyrektywy UE z dnia 21.12.1989 r. nr 89/665/EWG dotyczącej koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Złożyły również deklaracje, że polskie prawo jest zgodne z prawem UE. Z powyższego wynika, że dotychczasowa interpretacja interesu prawnego wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne w zakresie jego działań prowadzących do przeciwdziałania udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi nieuprawnionemu w konsekwencji naruszenia Pzp, musi ulec zmianie i nie może być ograniczana do interesu prawnego uzyskania zamówienia w danym postępowaniu. Zgodnie z art. 1 ust. 3 Dyrektywy nr 89/665/EWG *Państwa członkowskie zapewnią, że środki odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, są dostępne co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane,*

w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. W szczególności, państwa członkowskie mogą wymagać od takiego podmiotu uprzedniego powiadomienia zamawiającego o domniemanym naruszeniu przepisów i o zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych. Zdaniem Protestującego, dyrektywa nie ogranicza dostępu do środków odwoławczych tylko w przypadku naruszenia interesu prawnego, ale umożliwia taki dostęp przy naruszeniu każdego interesu.

Reasumując, Protestujący wskazał, iż gdyby przyjąć jak chce Zamawiający, iż Informacja z KRS musiałaby mieć datę najpóźniejszą z 06.01.2009 r. to wówczas nie jest możliwym wykonanie dyspozycji z art. 26 Pzp. Zamawiający wzywał bowiem dopiero po upływie terminu do składania ofert, a więc po dniu 06.01.2009 r., co powoduje iż Protestujący zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa nie mógł uzyskać informacji datowanej na dzień wcześniejszy. Protestujący uzyskał dokument wskazujący zgodnie z zapisem na nim zawartym na dzień 06.01.2009 r., choć dokument ten jest datowany na dzień 20.01.2009 r. Przepisy nie wymagają, aby niekaralność była stwierdzona dokumentem z przed dnia składania ofert, ale aby potwierdzała stan na taki dzień. Na dzień 6.01.2009 r., co wykazano jednoznacznie dokumentami i co odpowiada sytuacji faktycznej, osoba ta nie była karana w rozumieniu art. 24 ust 1 pkt 4-9 Pzp.

W dniu 09.02.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 12.02.2009 r. (wpływ bezpośredni) do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu przystąpiła firma Przedsiębiorstwo Geo-Wiert S.C. wnosząc o oddalenie protestu w całości. W uzasadnieniu interesu prawnego w dokonaniu niniejszego przystąpienia, Przystępujący podniósł, iż złożona przez niego oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów, a w konsekwencji została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Za zupełnie chybiony uznał zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Wskazał, iż nie sposób przyjąć, że Zamawiający potraktował wykonawców w sposób „nierówny”, Protestujący złożył wadliwą (w zakresie niektórych załączników) ofertę, co Zamawiający zauważył i wezwał go do uzupełnienia braków w przepisany prawem trybie. Protestujący w odpowiedzi wykonał wezwanie jedynie częściowo, co skutkowało wykluczeniem go z postępowania i uznaniem jego oferty za odrzuconą. Powyższe czynności nastąpiły zgodnie z przepisami Pzp. Oferta Przystępującego nie zawierała takich samych (ani jakichkolwiek innych) braków, w związku z powyższym nie istniały żadne podstawy do jego wykluczenia. Sytuacja obu wykonawców była zatem w tym zakresie zupełnie nieporównywalna. Z tych

samych przyczyn trudno Zamawiającego, a pośrednio i Przystępującego winić za zaniechania samego Protestującego, zarzucając naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Protestujący, na tych samych warunkach, co pozostali wykonawcy, miał możliwość złożenia prawidłowej oferty, czego jednak nie uczynił, pomimo wezwania Zamawiającego. Konsekwencje tego rodzaju zaniechania wynikają wprost z przepisu obowiązującego prawa, a zatem z woli ustawodawcy i nie sposób w konsekwencji przyjąć, że zastosowanie takich konsekwencji może być dotknięte wskazaną przez Protestującego wadliwością.

Nie jest również w najmniejszym stopniu uzasadniony zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Powołany przepis w sposób precyzyjny określa przyczynę wykluczenia wykonawcy z postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia. W niniejszej sprawie bez wątplenia Protestujący zaniechał złożenia wszystkich dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a dokładnie informacji z KRK dotyczącej P. Małgorzaty Rosińskiej, dokumentującej spełnienie ustawowych przesłanek udziału w postępowaniu na dzień złożenia ofert. Powyższa okoliczność jest w niniejszej sprawie całkowicie bezsporna. Spór, wywołany przez Protestującego dotyczy zaś kwestii określenia konsekwencji powyższego braku. Przystępujący w pełni podziela stanowisko zajęte w tej kwestii przez Zamawiającego.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp zawiera wyrażone *explicite* zastrzeżenie konieczności zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp. Ostatnio powołany przepis reguluje sposób postępowania w sytuacji gdy do oferty nie załączonych wszystkich wymaganych przez zamawiającego dokumentów. Warto w tym miejscu podkreślić, iż jest to przepis o charakterze wyjątku od reguły, którą jest wykluczenie takiego Wykonawcy (i odrzucenie jego oferty), co wyłącza jakąkolwiek możliwość jego rozszerzającej interpretacji. Przepis powyższy, do ostatniej jego nowelizacji, wywoływał niejednokrotnie wątpliwości i sprzeczne stanowiska w zakresie określenia chwili, na którą dostarczone w uzupełnieniu oferty dokumenty miały dowodzić spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Po ostatniej nowelizacji, przepis art. 26 ust. 3 zd. 2 Pzp posiada następujące brzmienie: *„Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. ”*. W przedmiotowej sprawie Protestujący przedłożył informację z KRK, potwierdzającą, że P. Małgorzata Rosińska spełniała wymóg niekaralności w dniu 20.01.2009 r. Tymczasem termin składania ofert upływał w dniu 06.01.2009 r. Odmiennie, niż to twierdzi Protestujący, z przedłożonego pisma nie wynika bynajmniej, że P. Małgorzata Rosińska nie była osobą skazaną za czyny wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp w dniu, w którym upływał termin składania ofert.

Wystarczy bowiem wskazać, że w okresie od terminu składania ofert do dnia 20.01.2009 r. mogło nastąpić zatarcie skazania za tego rodzaju czyn, związane np. z upływem pewnego okresu od wykonania kary bądź upływem okresu próby. To powoduje, że Zamawiający w pełni słusznie wykluczył Protestującego, a jego ofertę uznał za odrzuconą. *Ratio legis* powyższej regulacji jest zdaniem Przystępującego, całkowicie jasne - ustawodawca chciał wykluczyć sytuacje, w których wykonawcy, którzy w chwili upływu terminu składania ofert nie spełniali warunków do udziału w postępowaniu, uzyskiwaliby dodatkowy czas na ich spełnienie. Paradoksalnie, właśnie taka sytuacja prowadziłaby do tego, że postępowania w przedmiocie udzielenia zamówień prowadzony byłyby w nierównych warunkach i z naruszeniem zasad konkurencji. Interpretację zaproponowaną przez Protestującego również i z tego powodu uznać należy za błędną i niedopuszczalną. Przepis ten w obecnym brzmieniu stanowi złagodzenie rygorów Pzp dla wykonawców, którzy w drodze omyłki lub niedopatrzania nie załączyli do oferty określonych dokumentów, ale którzy dysponują i dysponowali tymi dokumentami w chwili upływu terminu składania ofert.

Wbrew twierdzeniom Protestującego spełnienie dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 Pzp jest zatem możliwe, tylko że nie w sposób, w jaki chciałby to móc uczynić Protestujący. Ponadto, Przystępujący stwierdza, że postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego cechuje formalizm, przy czym jak trafnie zauważa się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „*nie jest [on] celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Prawa zamówień publicznych.*” (wyrok KIO z dnia 11.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 777/08). Jedną z takich zasad jest bez wątpienia zasada jawności i przejrzystości postępowania wyrażona między innymi w art. 8 ust 1 Pzp. Wykładnia art. 26 ust. 3 Pzp zaproponowana przez Zamawiającego (i w pełni zaaprobowana przez Przystępującego) odpowiada powyższym wymaganiom. Poza tym, należy wskazać, że w orzecznictwie i nauce prawa powszechnie przyjmuje się, że bezwzględne pierwszeństwo wśród metod wykładni należy przyznać dyrektywom językowym, a zatem opierającym się na brzmieniu przepisów. Do innych metod wykładni sięgać można jedynie wyjątkowo, gdy rezultat zastosowania wykładni językowej jest niemożliwy do zastosowania lub z innych powodów wadliwy. W niniejszej sprawie przepis art. 26 ust 3 zd. 2 Pzp jest precyzyjny i jasny i w związku z tym nie ma ani potrzeby, ani możliwości sięgania po inne metody wykładni w celu wykroczenia poza brzmienie przepisu.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 16.02.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie w całości. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z brzmieniem art. 24 ust 1 pkt 8 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się m.in. osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za

przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Art. 25 Pzp z kolei stanowi delegację ustawową do wydania przez Prezesa Rady Ministrów przepisów wykonawczych do Ustawy, w tym również w zakresie rodzaju dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane w celu m.in. potwierdzenia niekaralności Wykonawcy. Dokumentem tym jest informacja z Krajowego Rejestru Karnego.

W ślad za w/w przepisami, w tym Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87 z 2006 r., poz. 605 ze zmianami) zwanym dalej: „*Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów*”, Zamawiający zażądał stosownych zaświadczeń (Część I SIWZ, Rozdz. VI pkt 1 ust. 4).

Zamawiający podniósł, iż w ofercie Protestującego brakowało zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego wydanego dla Zastępcy Prezesa Zarządu Spółki jednego z Konsorcjantów (Chorzowskiego Przedsiębiorstwa Robót Górniczych Spółka z o.o.), p. Małgorzaty Rosińskiej. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia w/wym. dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Protestujący przedłożył informację z Krajowego Rejestru Karnego wydaną dla p. Małgorzaty Rosińskiej. Informacja ta datowana była na dzień 20.01.2009 r. Zgodnie z dyspozycją artykułu 26 ust. 3 Pzp złożone na wezwanie Zamawiającego *dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) nie później niż w dniu, w którym upłynął (...) termin składania ofert*. Jako, że termin składania ofert w tym postępowaniu oznaczony był na dzień 06.01.2009 r., zaświadczenie z KRK dla p. Małgorzaty Rosińskiej winno być wystawione nie później niż w tym dniu, a było wystawione, jak wynika z treści tego dokumentu w dniu 20.01.2009 r.

Nie jest prawdą, zdaniem Zamawiającego, że „*zaświadczenie z dnia 20 stycznia stwarza fikcję prawną, iż osoba ta nigdy nie była karana*” z zaświadczenia tego wyczytać można tylko tyle, że na dzień 20.01.2009 r. p. Małgorzata Rosińska nie figuruje w kartotece karnej Krajowego Rejestru Karnego.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający uznał, iż prawidłowo dokonał czynności wykluczenia Protestującego z postępowania i prawidłowo, zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp uznał ofertę tegoż Wykonawcy za odrzuconą.

W świetle powyższego rozstrzygnięcia, Zdaniem Zamawiającego, nie mają znaczenia podnoszone zarzuty nie poddania oferty Protestującego ocenie ofert oraz dokonania wyboru

w postępowaniu oferty, która nie jest najkorzystniejsza - na potwierdzenie tych zarzutów i na dowód naruszenia wskazanych w petitum protestu przepisów Pzp Protestujący nie przedstawił bowiem żadnych argumentów czy dowodów.

W dniu 25.02.2009 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu.

Ponownie wskazał, iż jego oferta podlegała ocenie, gdyż nie jest niezgodna z ustawą a jej treść odpowiada treści specyfikacji, jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a sama oferta nie zawierała innych błędów i nie jest niekompletna. Zamawiający niesłusznie, jak stwierdził, stawia zarzut, że uzupełniona informacja z KRK dotycząca członka zarządu P. Małgorzaty Rosińskiej nie potwierdza braku karalności danej osoby za czyny określone wart. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp na dzień złożenia oferty. To że dany dokument jest wystawiony po dacie złożenia oferty nie przesądza o tym, że dana informacja nie obejmuje dnia złożenia oferty i stanu z tego dnia. Decydującym dla potwierdzenia określonego stanu jest treść wniosku. Wnioskodawca wnosil o stwierdzenie stanu na dzień 06.01.2009 r. dla celów postępowania, jest to zarazem dzień złożenia oferty. Wprawdzie przedstawiono wydaną informację z dnia 20.1.2009 r., ale jest to jedyna informacja jaką Odwołujący może na podstawie posiadanych upoważnień z tego rejestru uzyskać. Nie wydaje się zaświadczeń z inną datą niż data złożenia wniosku, a więc w przypadku wezwania do uzupełnienia najwcześniejszą możliwą datą jest data otrzymania wezwania. Zakres wniosku determinuje jakie dane są zawarte i co poświadczają, a nie data wydania zaświadczenia. Przywołał również ponownie art. 19 ustawy o KRK.

Odwołujący wyjaśnił, iż informacja jest wydawana stosownie do wskazanego wnioskiem zakresu, a on obejmował dzień składania ofert, co wyraźnie zostało wskazane, gdyż we wniosku wyraźnie widniała data 06.01.2009 r., co zostało potwierdzone przez pracownika sądu. Fakt przedstawienia bowiem informacji z datą wydania późniejszą nie oznacza, iż nie jest spełniony stan, o którym mówią przepisy ustawy w dniu złożenia oferty, w sytuacji gdy to wyraźnie wynika z treści wniosku. Nadto, nawet gdyby nie było tego wniosku, dodatkowo należy podkreślić iż zaświadczenie z dnia 20.01.2009 r. stwarza fikcję prawną, iż osoba ta nigdy nie była karana, a więc również w dniu 06.01.2009 r. Błędny jest w tym zakresie wniosek Zamawiającego oparty o kwestię zatarcia skazania. W efekcie spełnione są wymogi z art. 24 ustawy w zakresie udokumentowania przez Odwołującego się niekaralności na dzień złożenia oferty w wymaganym zakresie.

Nadto, zgodnie z przepisami prawa wskazano w zaświadczeniu na jaki dzień stwierdza ten stan i dla jakich potrzeb. Informacja jest wydawana stosownie do wskazanego wnioskiem zakresu, a on obejmował dzień składania ofert. Powyższe potwierdzają również

zapisy § 7 - 9 rozporządzeniem w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w KRK .

Odwołujący uznał, iż argumentacja zawarta w rozstrzygnięciu protestu jest niezasadna. Zamawiający nie podał żadnego faktycznego uzasadnienia danego oddalenia. Faktem bezspornym jest, że informacja z KRK odnośnie członka zarządu spółki zawiera informację o braku w rejestrze danej osoby na dzień 06.01.2009 r., czyli na dzień składania ofert. Data wystawienia tego dokumentu - 20.01.2009 r., w tym przypadku nie ma tu żadnego znaczenia. W ofercie Odwołujący złożył oświadczenie z art. 24 ust. 1 Pzp, co wskazało na niekaralność danego członka zarządu spółki za czyny określone w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp. Dodatkowo, w załączeniu do odwołania, załączył imienne oświadczenie woli danego członka zarządu, że nigdy nie był skazany prawomocnym wyrokiem za czyny określone w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp. Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający dokonał czynności wykluczenia, mimo przedstawienia zaświadczenia z KRK i jest zobowiązany, zgodnie z art. 6 kc udowodnić, że nasz członek zarządu jest prawomocnie skazany wyrokiem sądu za czyny określone w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp. Do dnia dzisiejszego takiego dowodu nie przedstawił.

Wskazał, iż powyższe naruszyło interes Odwołującego - Zamawiający w toku postępowania tego zamówienia publicznego zaniechaniem i swoimi wadliwymi czynnościami, naruszył artykuły Pzp co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania stron postępowania, uniemożliwia to także pozyskanie tego zamówienia publicznego w sytuacji gdy jego oferta jest najkorzystniejsza.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

W dniu 27.02.2009 r. Zamawiający przekazał firmie Przedsiębiorstwo Geo-Wiert S.C. (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpiło dnia 06.03.2009 r. (faxem, pocztą 09.03.2009 r.) Przedsiębiorstwo Geo-Wiert S.C. po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Podtrzymał swoje stanowisko z przystąpienia do protestu. Ponadto, wskazał, iż to Odwołujący nie przedstawił dokumentów, określonych przepisami prawa. Zamawiający zaś, może żądać od Wykonawców ściśle określonych dokumentów których katalog określony jest Pzp oraz właściwym rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów. Ustawodawca nie narzucił formalizmu postępowania jako celu w samego w sobie, lecz jako jeden z warunków służący prawidłowemu porównaniu ofert wykonawców. Wbrew twierdzeniom Odwołującego to nie Zamawiający w celu jego wykluczenia, w oparciu o art. 6 kc. ma wykazać, iż p. M. Rosińska była skazana prawomocnym orzeczeniem. To na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania, iż nie była ona karana, na podstawie dokumentów określonych przez przepisy prawa, m.in.

Pzp. Odwołujący nie spełnił warunków ustawowych, zaś oświadczenie p. M. Rosińskiej załączone do Odwołania, nie stanowi dokumentu opisanego w przepisach Pzp, w szczególności w w/w rozporządzeniu.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią oferty Odwołującego, informacją z KRK wystawioną w dniu 20.01.2009 r., a przedłożoną w trybie art. 26 ust.3 Pzp, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania na rozprawie, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), podczas gdy cenowo była najkorzystniejsza, miał interes prawny w złożeniu tak protestu, jak i odwołania. W przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty tego wykonawcy, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych w odwołaniu zarzutów, Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnośnie zarzutów podniesionych w odwołaniu dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie Wykonawców oraz zasad uczciwej konkurencji, art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego, mimo złożenia przez niego kompletnej oferty i stosownego oświadczenia, art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty, niepodlegającej odrzuceniu oraz art. 91 ust. 1 Pzp wybranie oferty, która nie jest najkorzystniejsza, Izba uznała ww. zarzuty za nie zasadne rozpatrując niniejsze łącznie, z uwagi na ich charakter. Tym samym Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowych zarzutów, skład orzekający Izby na podstawie postanowień SIWZ, ustalił, co następuje:

Zamawiający w Części I SIWZ w Rozdz. V ust. 1 pkt 2: określił, że: o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, nie podlegający wykluczeniu z postępowania na

podstawie art. 24 ustawy Prawo Zamówień publicznych. W celu potwierdzenia spełniania opisanych warunków Wykonawca powinien był załączyć do oferty dokumenty określone w rozdziale VI, tj. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący wraz z ofertą nie przedłożył w/w. informacji, odnośnie jednej osoby wchodzącej w skład zarządu Chorzowskiego Przedsiębiorstwa Robót Górniczych Sp. z o.o. - członka Odwołującego się Konsorcjum, tj. Pani Małgorzaty Rosińskiej.

W związku z powyższym, Zamawiający, działając w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, pismem z dnia 19.01.2009 r., przesłanym tego samego dnia faxem, wezwał Odwołującego, do uzupełnienia w/w. dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W wyznaczonym w wezwaniu terminie, tj. do dnia 22.01.2009 r. godz. 12:00. Odwołujący nadesłał Informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 Pzp, wystawioną dla Pani Małgorzaty Rosińskiej w dniu 20.01.2009 r.

Analizując w/w zapisy SIWZ do stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, Izba wskazuje, iż nowelizacja Pzp dokonana ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), wprowadziła nowe brzmienie art. 26 ust. 3 Pzp. Wskazany przepis w nowym brzmieniu będzie miał zastosowanie w przedmiotowej sprawie w związku z art. 4 ust. 1 i art. 5 nowelizacji, z uwagi na wszczęcie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po dacie wejścia w życie przepisów nowelizacji. Z art. 26 ust. 3 Pzp w nowym brzmieniu wynika, że złożone w wyniku uzupełniania oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków i wymagań zamawiającego nie później niż w dniu upływu terminu składania wniosków lub ofert.

Po drugie, skład orzekający Izby stwierdza, iż treść art. 26 ust. 3 Pzp nie wyłącza możliwości złożenia w wyniku uzupełnienia dokumentu z datą po upływie terminu składania wniosków i ofert. Istotne jest wyłącznie to, że dokument ten, bądź oświadczenie ma potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków i wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków lub ofert. Identyczne stanowisko zostało przedstawione w publikacji: pod red. J. Sadowego, „*Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.*”, UZP, W-wa 2008, str.115-116. W tej mierze warto także przywołać wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 08.08.2006 r., sygn. akt: V Ca 806/06, który nie stracił na aktualności, zgodnie z nim: „(...) *zamawiający może uznać brakujące dokumenty uzupełnione później, jednakże tylko wtedy, gdy wynika z nich, że stan, jaki potwierdzają, istniał także na dzień składania ofert (..)*”.

Po trzecie, należy wskazać, iż zawarte w art. 22 ust. 1 Pzp sformułowanie, zgodnie z którym „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy (...)” wskazuje, iż do postępowania mogą przystąpić wyłącznie wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu. Tym samym, wykonawca powinien spełniać warunki udziału w postępowaniu już na dzień upływu terminu do składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) w połączonych sprawach C-226/04 i C-228/041 – wyrok z 09.02.2006 r. rozważał m.in. kwestie określenia momentu, do którego należy się odnieść dla dokonania oceny, czy wykonawca wypełnił swoje zobowiązania odnośnie nie zalegania z uiszczeniem składek na ubezpieczenie społeczne oraz podatków. ETS ocenił, że przepisy dyrektywy (art. 29 lit. e i f dyrektywy 92/50/EWG) odsyłają do przepisów prawnych państw członkowskich dla określenia treści pojęcia „wypełnić swoje zobowiązania” oraz, że ustawodawca wspólnotowy nie zmierzał do jednolitego stosowania tego artykułu we Wspólnocie. Za logiczne uznał, że samo odesłanie obowiązuje, jeśli chodzi o określenie momentu, w którym dokonywana jest powyższa ocena. ETS stwierdził, że terminem tym może być w szczególności data upływu terminu do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu, data nadania listu z zaproszeniem do złożenia oferty, data upływu terminu do złożenia ofert, data dokonania oceny ofert przez zamawiającego, czy nawet moment bezpośrednio poprzedzający udzielenie zamówienia. Równocześnie jednak Trybunał wyraźnie zaznaczył, iż: „(..)Termin ten mogą określać przepisy krajowe lub jego określenie może zostać w nich powierzone instytucjom zamawiającym”.

Prawo unijne wymaga więc określenia terminu, w odniesieniu do którego następuje ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu. Termin ten powinien być jasno określony i ze względu na zasadę równego traktowania, identyczny dla wszystkich wykonawców. Art. 22 ust. 1 i art. 44 Pzp, w szczególności, wskazują, iż wykonawcy powinni spełniać warunki udziału w postępowaniu już na dzień upływu terminu do składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tym samym, należy przyjąć, iż jest to równocześnie moment, w odniesieniu do którego Zamawiający, co do zasady dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji, wykonawca, który na ten moment nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, podlega wykluczeniu z postępowania. W rezultacie dokumenty i oświadczenie dołączane do oferty wystawiane są do upływu terminu do składania ofert.

Uwzględniając powyższe stanowisko stwierdzić należy, że dokumenty uzupełniane przez wykonawców na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp mogą być wystawione już po upływie wyznaczonego terminu na składanie ofert (wniosków), ale z takim zastrzeżeniem, że potwierdzają spełnianie warunków na konkretny, wskazany przez ustawodawcę i jednolity

dla wszystkich wykonawców termin – najpóźniej na dzień składania wniosków lub ofert. Ustawodawca w art. 26 ust. 3 Pzp nie wskazał bowiem, iż mogą to być jedynie dokumenty wystawione przed upływem terminu składania ofert (wniosków). Przyjęcie odmiennego stanowiska w tym zakresie byłoby sprzeczne z celem ustawodawcy, tj. ograniczenia sytuacji konieczności wykluczenia wykonawców z postępowania z powodów formalnych.

Art. 26 ust. 3 Pzp ustanawia bowiem wyjątek od zasady przedłożenia dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełniania warunków kwalifikacji podmiotowej na dzień upływu terminu składania ofert. Dopuszcza on bowiem możliwość złożenia dokumentu wystawionego po upływie terminu składania ofert (wniosków).

Reasumując zatem należy wskazać, iż uzupełnione na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp dokumenty mogą być wystawione po upływie terminu składania ofert (wniosków), ale ich treść powinna potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert (wniosków). Przyjęcie odmiennego poglądu mogłoby prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uniemożliwiłoby zamawiającemu ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę na dzień składania ofert (wniosków). Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu następuje więc, co do zasady na dzień upływu terminu do składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dokumenty mają charakter dowodowy i ich badanie pod względem spełniania warunków udziału w postępowaniu powinno odnosić się do terminu tożsamego dla wszystkich wykonawców. Takim terminem może być jedynie termin składania ofert lub wniosków.

Po czwarte, Izba wskazuje, biorąc pod uwagę powyższe, iż przepis art. 26 ust. 3 Pzp po nowelizacji dopuszcza uzupełnianie po terminie składania ofert, tak oświadczeń lub dokumentów, które Wykonawcy posiadali w tej dacie, ale ich nie złożyli, jak i oświadczeń lub dokumentów, których wykonawcy nie posiadali, pod warunkiem – jak wskazano powyżej - iż potwierdzają one stan faktyczny i prawny obowiązujący najpóźniej na dzień składania ofert (wniosków). Jednakże, sytuacja wskazana w drugim przypadku (złożenie dokumentu, którego wykonawca nie posiadał w dniu, w którym upływał termin składania ofert) wymaga każdorazowo indywidualnego rozpatrzenia przez Zamawiającego.

W przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący wskazywał, iż w zapytaniu o udzielenie informacji o osobie w pkt 13: *„Zakres danych, które mają być przedmiotem informacji o osobie”* wprowadził dookreślenie: *„dotyczy: przetargu LW „Bogdanka” S.A. wykonanie wzmocnienia obudowy..... na dzień złożenia oferty. 06.01.2009 r.”* Z powyższego wnosił, iż zakres wniosku determinuje, jakie dane są zawarte w zaświadczeniu o niekaralności i co potwierdzają, w tym wypadku chodziło mu o potwierdzenie danych na dzień składania ofert.

Izba, rozważając argumentację Odwołującego, wzięła pod uwagę art. 7 ust. 1, art. 9, a ponadto w szczególności art. 13 pkt 1 - 3, art. 19 w tym ust. 3, jak i art. 20 ustawy o KRK,

jak również § 6 - 9 oraz § 11 ust. 1 - 2 rozporządzenia w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w KRK. Izba uznała, iż w zakresie danych, o których mowa w pkt 13 zapytania o udzielenie informacji o osobie, a w rezultacie informacji o niekaralności mającej charakter zaświadczenia, nie może być zawarta data składania ofert, czy też jakakolwiek inna data.

W ocenie Izby, w zakresie danych, które mają być przedmiotem informacji, właściwe jest wprowadzanie zapisów, dotyczących wnioskodawców, odpowiadających zamieszczonym na kartach rejestracyjnych i zawiadomieniach (a contrario do art. 19 ust.3 zd. 3 ustawy o KRK), czyli wskazywanie danych wynikających z art. 13 pkt 1 – 3 ustawy o KRK np. skazania za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp).

Jako datę wiążącą i potwierdzającą, że dana osoba, której dotyczy wystawiane zaświadczenie, nie była karana, należy uznać datę wynikającą z pieczęci KRK „*NIE FIGURUJE w kartotece Karnej Krajowego Rejestru Karnego*”, a nie datę wystawienia przedłożonego zaświadczenia o niekaralności. Zgodnie bowiem z § 11 ust. 1 rozporządzenia w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w KRK, jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wniosek, nie są zgromadzone w Rejestrze, zapytanie lub wniosek zwraca się podmiotowi zapytującemu lub wnioskodawcy z adnotacją „*NIE FIGURUJE*”. Uznanie natomiast, iż w zakresie danych dopuszczalne jest wskazywanie daty, czyniłoby takie zaświadczenie (zawierające dwie różne daty) sprzecznym w swej treści.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami dotyczącymi wystawiania zaświadczeń o niekaralności urzędnik sądowy dokonuje weryfikacji w zakresie wszystkich zapisów dotyczących wnioskodawcy, zamieszczonych na kartach rejestracyjnych i zawiadomieniach. Uwzględniając powyższe nie jest możliwa weryfikacja przez tego urzędnika wskazanych danych w oparciu o datę inną niż dzień, wskazany w adnotacji KRK na pieczęci „*NIE FIGURUJE*”.

Odnosząc się do instytucji zatarcia skazania wynikającej z art. 106 kk, Izba nie neguje skutków wynikających z tego przepisu, tj., iż z chwilą zatarcia skazania następuje jego uznanie za niebyłe. Jednakże zwraca uwagę na okoliczność tego rodzaju, iż w wypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mamy do czynienia ze szczególną sytuacją, w której istotne jest potwierdzenie – w sposób identyczny dla wszystkich wykonawców – że konkretne osoby po stronie wykonawcy nie były karane najpóźniej na dzień składania ofert (wniosków). Przyjęcie odmiennego stanowiska doprowadziłoby do sytuacji tego rodzaju, że w odniesieniu do osoby po stronie wykonawcy, co do której zatarcie skazania nastąpiłoby po terminie składania ofert, zaświadczenie z KRK mogłoby nie zostać złożone przez wykonawcę w sposób świadomy, licząc na uzupełnienie tego dokumentu po

upływie terminu składania ofert, przewidując, iż zatarcie skazania nastąpi w tym okresie. Uwzględniając powyższe przyjęcie fikcji prawnej, iż adnotacja „NIE FIGURUJE” z datą po terminie składania ofert, świadczy o tym, iż także w tej dacie określona osoba nie była karana, w ocenie Izby jest niezasadne. W obu wypadkach naruszałoby to art. 7 ust. 1 Pzp względem pozostałych uczestników, biorących udział w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Z tych względów, Izba uznała zasadność argumentacji Przystępującego i Zamawiającego w obu tych kwestiach.

Względem oświadczenia załączonego do odwołania, a złożonego przez Panią Małgorzatę Rosińską, Izba wskazuje, iż po pierwsze niniejsze nie jest oświadczeniem o którym stanowią przepisy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Po drugie, Zamawiający określił w SIWZ, jaki dokument wszyscy uczestnicy przedmiotowego postępowania musieli złożyć na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie jest możliwe na tym etapie postępowania zmiana powyższego.

Reasumując, Izba uznała, iż w odniesieniu do zaświadczenia o niekaralności z KRK niemożliwe jest po nowelizacji z 4 września 2008 r. jego uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, tak aby potwierdzał on stan faktyczny i prawny obowiązujący najpóźniej na dzień składania ofert. Tym bardziej, iż jak potwierdził na rozprawie Odwołujący, nie można uzyskać zaświadczenia o niekaralności z datą wsteczną.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. Odnośnie wniosku Zamawiającego o zasadzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika wynikającego z przedłożonego zestawienia kosztów, Izba stwierdza, iż z uwagi na nie przedłożenie faktury, ale tylko zestawienia kosztów nie został on uwzględniony. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), Izba zasadza koszty wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1165, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*